

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUKAS RUTHES GONÇALVES

**O SISTEMA *PEER-TO-PEER* E OS LIMITES DO USO PRIVADO DE OBRAS
PROTEGIDAS NA EUROPA E NO BRASIL**

Florianópolis
2015

Lukas Ruthes Gonçalves

**O SISTEMA *PEER-TO-PEER* E OS LIMITES DO USO PRIVADO DE OBRAS
PROTEGIDAS NA EUROPA E NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Co-orientador: Prof. Msc. André Soares Oliveira

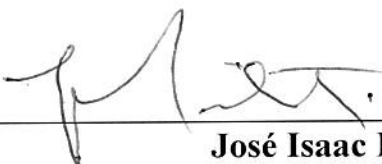
Florianópolis
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O sistema peer-to-peer e os limites do uso privado de obras protegidas na Europa e no Brasil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Lukas Ruthes Gonçalves**, defendido em **07/07/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 7 de Julho de 2015



José Isaac Pilati

Professor(a) Orientador(a)



André Soares Oliveira

Coorientador(a)



Mikhail Vieira Cancelier de Olivo

Membro de Banca



Sarah Helena Linke

Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Eduardo e Clamir e à minha irmã Ana, por terem me ensinado a dar o meu melhor em tudo o que eu faça e me estimulado a buscar sempre maiores desafios.

Ao meu orientador, José Isaac Pilati, pela prestatividade e por ter recepcionado de mente aberta o tema do meu TCC.

Ao André Soares Oliveira, co-orientador, professor, mestre, amigo. Desde os primeiros semestres da faculdade até agora sempre se importando com meu futuro e sucesso profissionais além de estar presente em todos os momentos em que eu necessitava de ajuda.

À Patrícia Soster Bortolotto, sem dúvida um dos melhores acontecimentos na minha vida desde que eu cheguei em Florianópolis. Companheira, presente em todos os momentos e uma pessoa que me conquista todos os dias pelo seu carisma e carinho.

Aos meus colegas de sala, agora separados por motivos variados, mas que sempre farão parte da querida turma 2011.1 diurno: Thatiane Pires, Henrique Reberte, Eduardo Moretti, Giulia Manccini, Marina Venâncio, Guilherme Bastos, Eduardo Xavier, Gabrielle Fagundez, Mário Zunino, Rodrigo Barbosa e Beatriz Goedert.

No sentido de colegas de sala não poderia deixar de mencionar também Victor Machado Schmitt, o qual também compartilhou comigo os bons e maus momentos de CAXIF, Empresa Júnior e EMAJ.

Aos meus amigos Eduardo Alves, Gustavo Matiola, Leonardo Moraes, Gustavo Becker e João Vitor Gomes Martins, grandes companheiros e sempre garantia de bons momentos.

Aos meus colegas de Locus Iuris, em especial à Ana Paula Cristofolini, por nunca deixarem de apoiar meus estudos e projetos pessoais e por tornarem as tardes de estudo na sede da EJ mais divertidas e prazerosas.

Aos professores José Oliveira Ascensão, José Alberto Vieira e Miguel Moura e Silva, pelos valiosos ensinamentos durante o período em que eu estudei na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e por terem me ajudado na definição do tema do presente trabalho.

Ao professor Dário Moura Vicente e ao Rodrigo Oliveira Dias, por terem me aberto as portas da Associação Portuguesa de Direito Intelectual, permitindo-me grande crescimento profissional e pessoal, e por terem aprofundado minha paixão pelo estudo do Direito da Propriedade Intelectual.

Ao professor Marcos Wachowicz, grande responsável por meu interesse pelo Direito de Autor, o qual desde o primeiro momento me instigou a pesquisar mais e aprofundar meu conhecimento e sem o qual talvez o tema desse TCC teria sido completamente diferente.

"Não existe nada mais sedutor para o homem que sua liberdade de consciência, mas tampouco existe nada mais angustiante".

Fiódor Dostoiévski



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Lukas Ruthes Gonçalves

RG: 89987695

CPF: 043.983.239-02

Matrícula: 11101512

Título do TCC: O sistema peer-to-peer e os limites do uso privado de obras protegidas na Europa e no Brasil

Orientador(a): José Isaac Pilati

Eu, **Lukas Ruthes Gonçalves**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 7 de Julho de 2015

Assinatura manuscrita do aluno Lukas Ruthes Gonçalves, realizada em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Lukas Ruthes Gonçalves

RESUMO

O sistema *peer-to-peer* permite que usuários tenham acesso a obras protegidas de maneira rápida e eficiente. Com base na exceção do uso privado, esse trabalho objetivou verificar quais seriam os limites para a utilização legal desse tipo de tecnologia no compartilhamento de obras protegidas entre seus usuários. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o procedimento monográfico, tendo como técnicas de pesquisa a bibliográfica, jurisprudencial e empírica. Como resultado, quando utilizado exclusivamente para o *upload*, o uso do sistema *peer-to-peer* incorre em violação do Direito de Autor tanto para os tratados internacionais quanto em âmbito legislativo e judiciário da Europa e do Brasil. Já quando o fim último de sua utilização é o *download*, tal operação é enquadrada na exceção do uso privado, sendo permitida no âmbito dos tratados contanto que respeitando a regra dos três passos. Na Europa, esse tipo de uso privado é permitido sob condições variáveis dependendo do país, indo desde o pagamento de compensação equitativa até sua autorização somente quando a fonte de tal uso é lícita. No Brasil, por outro lado, o conceito de uso privado e sua aplicação são mal explorados tanto pelo legislativo quanto pelo judiciário trazendo incertezas sobre a legalidade da utilização de sistemas *peer-to-peer*. Nesse aspecto, a influência do direito europeu se faz necessária, dada a proximidade dos dois sistemas.

Palavras-chave: 1. Sistema *peer-to-peer*; 2. Uso privado; 3. Regra dos três passos; 4. *Download*; 5. *Upload*; 6. Obras protegidas.

ABSTRACT

Peer-to-peer systems allow users to have access to protected works in an easy and quick manner. Based on the private use exception, this paper had as its objective to verify the limits of the legal usage of such technology to share protected works amongst its users. The approach method used was the deductive and the procedure monographic, having bibliographical, jurisprudential and empirical research techniques. As a result, when used solely for upload, the usage of peer-to-peer systems incur in the violation of Copyright both for international treaties and for Brazilian and European laws. On the other hand, when used for downloading purposes, such operation is regarded as an exception of private use, being allowed by the treaties as long as it respects the three-step test. In Europe, this kind of private use is allowed under variable conditions depending on the country, ranging from the payment of fair compensation to its authorization solely when the source of such use is a legal one. In Brazil, on the other hand, the concept of private use and its application are ill explored both by the legislation and by the courts, bringing uncertainties regarding the possibility of legal use of peer-to-peer systems. In this aspect, the influence of European law is necessary, given the proximity of both legal systems.

Keywords: 1. Copyright; 2. Peer-to-peer system; 3. Private use; 4. Three-step test; 5. Download; 6. Upload; 7. Protected works.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DCDP – Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao Público

LDA – Lei de Direito de Autor brasileira (nº 9.610/98)

OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

OMC – Organização Mundial do Comércio

P2P – *peer-to-peer*

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TODA – Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor

UE – União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITOS DO AUTOR SOBRE A OBRA PROTEGIDA E SEUS LIMITES	13
1.1 O objeto do direito de autor e o seu conteúdo	13
1.1.1 Obras protegidas no âmbito do direito de autor	13
1.1.2 Direitos Patrimoniais do autor	14
1.2 Limites ao direito de autor	17
1.2.1 Utilizações livres de obras protegidas: o uso privado	17
1.2.2 Os motivos para a adoção da regra dos três passos	18
1.2.3 Evolução e entendimento atual da regra dos três passos	20
1.3 O sistema <i>peer-to-peer</i> e sua relação com o Direito de Autor	21
1.3.1 As origens e o funcionamento do sistema <i>peer-to-peer</i>	22
1.3.2 O <i>download</i> de obras protegidas	24
1.3.3 O <i>upload</i> de obras protegidas	25
2 O TRATAMENTO DO SISTEMA PEER-TO-PEER NA UNIÃO EUROPEIA	27
2.1 A regulação do Direito de Autor no âmbito da União Europeia: a Diretiva 2001/29	27
2.1.1 A internalização dos Tratados Internacionais na legislação europeia	27
2.1.2 A proteção dos Direitos de Autor pela Diretiva 2001/29	28
2.1.3 Os limites ao Direito de Autor de acordo com a Diretiva 2001/29	30
2.2 O TJUE e a jurisprudência europeia referente ao compartilhamento de arquivos na rede	32
2.2.1 O funcionamento do TJUE	32
2.2.2 Jurisprudência europeia	33
2.3 A regulação do <i>download</i> e <i>upload</i> de obras por alguns Estados-Membros da UE	38
2.3.1 Legislação do Reino Unido	38
2.3.2 Legislação da Alemanha	39
2.3.3 Legislação da Espanha	39
2.3.4 Legislação da Itália	40
2.3.5 Legislação de Portugal	41
3 A TUTELA DO SISTEMA PEER-TO-PEER NO BRASIL	43
3.1 Previsão legal sobre a proteção e os limites ao Direito de Autor no Brasil	43
3.1.1 Previsão dos tratados internacionais no direito brasileiro	43

3.1.2 A proteção dos Direitos de Autor pela legislação brasileira.....	44
3.1.3 Limitações ao Direito de Autor no sistema brasileiro.....	46
3.2 Tratamento jurisprudencial do compartilhamento e uso privado de obras no Brasil	47
3.2.1 A ausência do <i>peer-to-peer</i> na jurisprudência do STJ	48
3.2.2 Julgados do STJ sobre o compartilhamento de obras e o uso privado.....	48
3.2.3 Julgados efetivamente envolvendo o compartilhamento de obras na internet.....	50
3.3 A Diretiva 2001/29 e o TJUE como inspiração para o modelo brasileiro no tratamento do uso privado.....	52
3.3.1 O conceito de <i>Ordering Pluralism</i> como pré-requisito do diálogo dos juízes e da harmonização legislativa.....	52
3.3.2 Diálogo dos Juízes entre o STJ e o TJUE	54
3.3.3 Harmonização e os limites do uso privado no Brasil.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

O quinto episódio da quinta temporada de *Game of Thrones* teve 2,2 milhões de *downloads* realizados da *internet* em apenas 12 horas a partir de sua estreia¹. Esse dado é um sintoma da mudança de paradigma da forma como se acessam obras atualmente, alterando a relação existente entre titulares e usuários de conteúdo protegido por Direito de Autor.

O surgimento da *internet*, mais do que qualquer outra tecnologia, fez com que todo aquele que quisesse apreciar um filme, uma música ou outros tipos de obras não mais precisasse ficar restrito a locais ou horas determinadas, podendo aproveitar todo tipo de manifestação do conforto de sua casa e no horário mais conveniente. O sistema P2P, fruto da arquitetura da rede mundial de computadores é, sem dúvidas, um dos grandes responsáveis por tal conexão entre usuários do mundo inteiro e permitir tão intensa troca de conteúdo, conforme exemplificado acima.

Tal sistema teve seu uso popularizado pelo Napster, no início do século XXI, sistema que permitia aos seus usuários compartilhar e receber suas músicas favoritas. Contudo, por inúmeras acusações de violação do Direito de Autor o software norte-americano teve de ser descontinuado. Alegou-se que o compartilhamento de músicas era feito sem o consentimento dos titulares de Direito de Autor e que o Napster sabia disso.

Desde o fechamento do Napster surgiram vários *softwares* P2P, ao contrário do que a indústria fonográfica e outros titulares de obras anseavam. Limewire, Frostwire, K-Lite, eMule, µTorrent e Bittorrent são apenas alguns exemplos de programas que utilizam a arquitetura *peer-to-peer* para permitir que usuários compartilhem obras, nem sempre de uma forma que agrade os titulares de Direitos de Autor.

Os estudos da matéria de Propriedade Intelectual revelam que aos titulares de obras competem alguns direitos de natureza patrimonial, nomeadamente os que concernem o compartilhamento e a reprodução de conteúdo. Assim, os usuários desse tipo de sistema estariam infringindo direitos de terceiros ou seriam eles abarcados por algum tipo de exceção pelo uso privado? Do mesmo modo, será que a possibilidade de *download* maciço por meio de sistemas P2P sob o alegado uso privado não deveria incorrer em algum tipo de limitação por parte dos legisladores mundo afora para garantir o equilíbrio entre titulares e usuários de conteúdo protegido?

¹ <http://info.abril.com.br/game-of-thrones/noticias/2015/05/game-of-thrones-bate-novo-recorde-de-pirataria.shtml>

Assim, tendo como tema delimitado o sistema P2P e os limites do uso privado, esse trabalho procura responder até que ponto o compartilhamento de arquivos entre usuários desse tipo de sistema está abarcado pela exceção do uso privado e quais seriam os limites para sua utilização. Aplicar-se-á o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial dando especial enfoque aos sistemas europeu e brasileiro.

Delinear-se-á no primeiro capítulo o que é uma obra protegida e quais os direitos inerentes a ela, além de seus limites, com base em tratados e legislações internacionais. Logo após será feita a definição do sistema *peer-to-peer* e das operações realizadas por ele quando utilizado pelo usuário.

No segundo capítulo será abordado o modo como os referidos direitos e limitações são abordados por Diretiva europeia, trazendo-se em seguida julgados do Tribunal de Justiça Europeu que tratem do assunto. Feito esse compendio, o modo como algumas legislações europeias tratam o uso privado de obras protegidas será analisado.

Por fim, no terceiro capítulo o mesmo procedimento será aplicado para a legislação brasileira, fazendo-se primeiro a análise legislativa e em sequência a análise jurisprudencial acerca do uso privado. Colocar-se-á também à prova se o sistema brasileiro está suficientemente aparelhado para tratar da questão do uso privado de obras e seu compartilhamento por meios digitais.

Espera-se com o exposto chegar-se em uma resposta satisfatória acerca da legalidade da utilização de sistemas *peer-to-peer* por parte do usuário final. Em um mundo cada vez mais permeado por tecnologias que permitem fácil e rápido acesso a conteúdo de diversas naturezas, o conhecimento das possibilidades de uso legal desse tipo de inovação traz mais segurança a seus usuários, que poderão usufruir delas sem medo de qualquer tipo de sanção legal.

1. DIREITOS DO AUTOR SOBRE A OBRA PROTEGIDA E SEUS LIMITES

Antes de ser possível definir a legalidade do compartilhamento de conteúdo na rede via *peer-to-peer* é necessário primeiramente delimitar o objeto de pesquisa. Para tanto, o capítulo que se segue dedicar-se-á a definir alguns dos aspectos essenciais do presente trabalho. Quais sejam eles: em que consiste a proteção autoral e quais seriam os direitos de seu titular; os limites ao direito de autor; e o funcionamento do sistema *peer-to-peer*. Após tal determinação é que será possível estudar como o Direito de Autor tutela a relação entre eles.

1.1. O objeto do Direito de Autor e seu conteúdo

1.1.1. Obras protegidas no âmbito do direito de autor

A Convenção de Berna não traz em seu texto propriamente uma definição do que seria uma obra autoral. Contudo, ela prevê em seu artigo 2º um rol de itens os quais são considerados como sendo obras literárias ou artísticas, portanto passíveis de proteção pelo Direito de Autor:

Todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências. (BRASIL, 1975)

Esse rol exemplificativo traz tudo o que se entendia como sendo passível de proteção autoral por parte dos países signatários da Convenção, não limitando, todavia, sua expansão, desde que a obra se enquadre no âmbito literário, científico ou artístico. Luís Menezes Leitão, acerca dessa definição, destaca que “a obra é necessariamente uma criação humana, não sendo objeto de proteção as obras que sejam criadas sem essa intervenção, mesmo que possam ser esteticamente apreciadas”. (LEITÃO, 2011, p. 70)

O Tratado de Direito de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) de 1996 atualiza o sentido de obra trazendo em seu artigo 2º que a proteção autoral “abrange as expressões, e não as ideias, os processos, os métodos operacionais ou os conceitos matemáticos enquanto tal” (LEITÃO, 2011, p. 57).

Inclusive, Eugen Ulmer (1980, p. 25), cuja posição adotar-se-á para definir o que seria a obra autoral, entendia que a obra consiste de uma expressão intelectual criativa. Desse modo, para ser definido como obra é preciso que a produção traga algo novo no aspecto cultural, sendo necessário que tenha sido criado pelo espírito humano, não por animais ou máquinas, além de ser essencial que outras pessoas possam ter acesso à obra seja por meios materiais ou materiais.

1.1.2. Direitos Patrimoniais do autor

Definindo-se a obra como expressão intelectual criativa, cabe agora verificar quais são os direitos, ou faculdades, a que o titular dessa criação tem o gozo e usufruto. A Convenção de Berna distingue, especificamente em seus artigos 6bis e 11bis, dois tipos de direitos de autor: os morais e os patrimoniais.

Os primeiros destinam-se a regular a ligação pessoal do autor com sua obra, tendo como características a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade (LEITÃO, 2011). Por sua vez os direitos patrimoniais têm como fim garantir a exploração econômica da obra, caracterizando-se pela alienabilidade, renunciabilidade e prescritibilidade (LEITÃO, 2011). Nesse trabalho, o foco será dirigido ao aspecto patrimonial da proteção dos direitos de autor, pois não se questiona o autor e a integridade da obra, mas sim o seu uso, com finalidade econômica ou não, por parte de terceiros.

José de Oliveira Ascensão (1997, p. 157) comenta que os direitos patrimoniais se constituem essencialmente em direitos exclusivos de exploração econômica. Contudo, conforme os modos de utilização da obra por terceiros se desenvolveram, assim também ocorreu com o conceito, sendo aprofundado pelo mesmo autor mais como sendo um direito de participação financeira sobre o uso do conteúdo protegido, do que propriamente um direito de exploração financeira. Fora do âmbito de proteção do direito patrimonial há também a possibilidade de uso livre da obra, porém tal ponto será abordado futuramente no trabalho.

Dos direitos patrimoniais², destacam-se três, dois deles previstos na Convenção de Berna e um adicionado posteriormente pelo Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. Os dois primeiros seriam o Direito de Reprodução e o Direito de Comunicação da Obra ao Público, constantes, respectivamente, dos artigos 9, nº 1, e 11bis, nº 1, da Convenção, a seguir:

² Sendo eles, entre outros, o direito de reprodução, comunicação ao público, representação, recitação, distribuição da obra, aluguel, tradução, execução e distribuição e comunicação ao público.

Artigo 9 - 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

Artigo 11bis - 1) Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar; 1º- a radiodifusão de suas obras ou a comunicação pública das mesmas obras por qualquer outro meio que sirva para transmitir sem fio os sinais, os sons ou as imagens; 2º- qualquer comunicação pública, quer por fio, quer sem fio, da obra radiodifundida, quando a referida comunicação é feita por um outro organismo que não o da origem ; 3º- a comunicação pública, por meio de alto-falante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou imagem, da obra radiodifundida.

Sobre o Direito de Reprodução, Ascensão (1997) comenta que o sentido adotado pela Convenção de Berna dessa expressão teria em vista somente a produção de exemplares. De acordo com esse autor tal faculdade estaria estritamente ligada ao exemplar, deixando de englobar qualquer faculdade de ordem diferente.

Acerca do Direito de Comunicação da Obra ao Público o jurista português destaca tratar-se “sempre de formas de apresentação de uma obra que a fazem acessível ao público independentemente da posse de um exemplar da obra”, ocorrendo tal exibição em um local acessível, por período determinado e que não implique a posse de um exemplar da obra por parte do usuário. Ou seja, esse direito envolve a possibilidade de apreciação do objeto do direito de autor por uma grande parcela do público, como acontece em uma exposição de arte, por exemplo.

Já o terceiro direito patrimonial se trata do Direito de Comunicação e Disposição ao Público (DCDP), adicionado posteriormente pelo Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor (TODA) quando da sua publicação em 1996. Assim dispõe a segunda metade do artigo 8º:

Os autores de obras literárias e artísticas gozam do direito exclusivo de autorizar qualquer comunicação ao público das suas obras, por fios ou sem fios, incluindo a colocação das suas obras à disposição do público por forma a torná-las acessíveis a membros do público a partir do local e no momento por eles escolhido individualmente. (OMPI, 1996)

Cumprido destacar que o surgimento desse dispositivo se deu durante o advento da *internet* pelo difícil enquadramento da partilha de arquivos como uma das modalidades de comunicação ao público da Convenção de Berna. Enquanto que a previsão da Convenção presumia uma comunicação em limitados intervalos de tempo, a realidade da emergente distribuição digital exigia uma legislação diferenciada.

Pedro Cordeiro (2012, p. 197) diferencia o DCDP do Direito de Comunicação especialmente no aspecto de acesso do público à obra. No Direito de Comunicação o foco está

no ato de transmissão, como no supracitado exemplo do teatro, terminando o acesso da audiência quando a comunicação é cessada. Por outro lado, o que está em jogo no DCDP é a colocação da obra à disposição, sendo o público elemento essencial para o usufruto dessa, dada a constante possibilidade de acesso da audiência ao conteúdo disponibilizado. Entretanto, com a internet, a noção de público aplicável ao DCDP evoluiu, diferenciando-se do que era aplicado ao Direito de Comunicação. Faz-se necessário, portanto, entender o que é público e como esse conceito evoluiu.

Bobbio (2007, p. 27), trata da grande dicotomia existente entre o público e o privado. Contudo, para fins desse trabalho a definição de público utilizada será aquela constante de sua descrição do binômio “público ou secreto”. Público, nesse sentido, é “aquilo que é manifesto, aberto ao público, feito diante de espectadores” enquanto que, à título de contraponto, o privado “se diz ou se faz num restrito círculo de pessoas e, no limite, em segredo.

Pedro Cordeiro (2012, p. 190), com relação à evolução desse conceito de público, comenta primeiramente ter havido uma mudança espacial, pois com o surgimento não só da Internet, mas anteriormente da radiodifusão, o local em que se apreciavam as obras mudou de uma sala de teatro ou de espetáculos para os rádios, televisões, e eventualmente computadores, nas casas do público. Desse modo, o local de apreciação peças teatrais, filmes e músicas passou a ser difuso, não mais dependendo de um recinto específico para esse fim.

Em segundo lugar, ele comenta a existência de uma mudança temporal. Com o surgimento da Internet, a emissão do conteúdo e sua recepção por parte da audiência deixou de ser necessariamente imediata, com o público tendo horários definidos para apreciar suas composições favoritas. Esta se tornou, praticamente, um modelo de “bazar”, em que o titular do direito de autor disponibiliza sua obra com os interessados podendo acessá-la no momento que desejarem.

Tendo em vista a exposição acima, nota-se que com a evolução dos meios de comunicação a legislação autoral também teve de se adaptar para tentar abranger a então inovação que era a Internet. Perceber-se-á, especialmente no próximo ponto sobre os limites ao direito de autor, a preocupação do legislador em buscar uma definição dos termos, com destaque para o que seria o público e o que seria o privado numa era de troca de informações instantânea.

Assim, com o fechamento desse ponto, já se pode ter uma noção do que seria uma obra passível de proteção pelos Direitos de Autor, qual seja aquela fruto de uma expressão intelectual criativa. Do mesmo modo, viu-se algumas das faculdades que o titular de tal obra possui, cuja

importância será atestada no decorrer do presente trabalho. Essas seriam o Direito de Reprodução, Comunicação da obra e de Comunicação e Disposição ao Público.

1.2. Limites ao Direito de Autor

1.2.1. Utilizações livres de obras protegidas: o uso privado

Após ter-se obtido conhecimento de quais seriam os direitos patrimoniais relevantes para o estudo, cumpre analisar agora quais seriam seus limites. Tal estudo se faz necessário para futuramente poder-se compreender onde o compartilhamento de arquivos está situado no âmbito do direito de autor.

José de Oliveira Ascensão (2003, p. 02) afirma que “o direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo o direito, tem limites”. Com isso, o autor lusitano quer dizer que nem toda a utilização da obra é passível de tutela pela legislação autoral, podendo ser realizadas sem autorização do titular da obra.

De maneira sintética podem ser identificadas três classes de utilizações livres: as que salvaguardam, fundamentalmente, os direitos do indivíduo; as que tutelam interesses de caráter comercial; e as que se destinam a promover a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum (AKESTER, 2013, p. 117). Considerando o objetivo do trabalho em tratar sobre a troca de arquivos entre pessoas singulares, destaque será dado aos limites que versam sobre o âmbito do indivíduo.

O uso privado, como serão denominadas as práticas de cópia, reprodução e utilização de obras com fins privados, tem como principais características, por exclusão, o fim não econômico e seu aspecto não público, pois, como ensina Menezes Leitão (2011, p. 161):

Efetivamente, o autor tem apenas o exclusivo da sua exploração econômica, o que só abrange as utilizações públicas da obra, sendo livre o uso privado. Este é um princípio geral em sede de direito de autor, o que implica que qualquer utilização da obra seja livre, se o for para uso privado.

Tal conceito é profundamente desenvolvido na obra de José Alberto Vieira (2009, p. 14), o qual traz pontos essenciais os quais devem ser observados na prática do uso privado. Primeiramente, quanto ao meio de reprodução o autor comenta ser possível cópia total ou parcial, permanente ou transitória, de obra ou prestação protegida, por qualquer meio, independente de ela ser analógica ou digital.

Sobre quem poderia fazer esse uso o autor comenta que o mesmo só pode ser realizado por pessoa singular, afastando as pessoas jurídicas do âmbito legal da figura. Contudo, não é vedado o acesso à obra por parte de terceiros, de modo que a execução da obra em círculo familiar ou entre amigos é permitida

Quanto à finalidade, essa seria a de satisfazer necessidades pessoais de caráter não econômico; “não incluídos ficam, pois, os actos de reprodução ligados ao exercício de actividade profissional, ainda que desenvolvida individualmente, e, naturalmente, os que tenham subjacente um aproveitamento comercial de qualquer natureza” (VIEIRA, 2009, p. 30).

Por fim, o autor não estabelece um limite quantitativo de cópias para ser qualificado como uso privado, destacando que tal assertiva deve ser feita em análise do caso concreto. Do mesmo modo a cópia feita por terceiro não se encontraria coberta pelo uso privado, tendo em vista não se destinar a cumprir as necessidades pessoais de quem realiza a cópia.

Em suma, o uso privado poderia ser caracterizado como utilização integral ou parcial da obra por pessoa singular sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros.

1.2.2. Os motivos para a adoção da regra dos três passos

Em sua concepção, a Convenção de Berna, datada de 1886, não previa qualquer tipo de regulamentação no que tangia ao uso privado e às limitações em geral. José de Oliveira Ascensão (2003, p. 16) inclusive argumenta que esse “era mais que um limite ao direito autoral: era matéria estranha a este. O direito autoral outorgava um direito exclusivo de exploração econômica da obra na esfera pública. A esfera privada era simplesmente considerada uma zona livre”.

José Alberto Vieira explica essa situação:

Enquanto a reprodução privada se serviu de meios manuais ou artesanais, como a reprodução realizada por copistas, nunca representou uma ameaça para a exploração económica da obra e o uso privado pôde ser afirmado no contexto do Direito de Autor sem dificuldade ou controvérsia. Os meios automatizados de cópia surgidos a partir do início dos anos cinquenta do século XX trouxeram, porém, o fenómeno da reprodução em massa, pela possibilidade de muitas mais pessoas poderem realizá-la. (VIEIRA, 2009, p. 26)

Tal evolução e o fato de vários Estados-partes da Convenção de Berna adotarem um sem número de limitações aos direitos autorais, muitas vezes variadas conforme o país, esvaziava os direitos patrimoniais dos titulares, como explica Maristela Basso (2007, p. 499).

Assim surgiu a necessidade de se debater e regulamentar os limites que seriam impostos ao direito do titular da obra, em complementação à Convenção de Berna.

Por esse motivo, a Revisão de Estocolmo do ano 1967 introduziu, no artigo 9(2) da Convenção de Berna, a regra dos três passos, posteriormente adotada no texto da Convenção de Paris de 1971. Essa regra serviria, de acordo com a supracitada autora, para:

Estabelecer uma regra geral que fosse cumprida por toda e qualquer limitação aos direitos autorais, ou seja, os Estados-partes da Convenção de Berna manteriam a discricionariedade para estabelecer exceções aos direitos autorais, entretanto, estas necessariamente deveriam preencher as condições fixadas pelo art. 9.2 da Convenção de Berna. (BASSO, 2007, p. 12)

O referido artigo da Convenção (BRASIL, 1975) declara os seguintes requisitos:

Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Desse modo a reprodução de obras sem a autorização de seu titular seria autorizada: a) em certos casos especiais; b) quando não afetasse a exploração normal da obra e; c) quando não causasse prejuízo injustificado aos interesses do autor, formando, assim, a tríade de requisitos. Cabe agora análise de cada desses itens objetivando entender a regra dos três passos como um todo e sua aplicabilidade.

Sobre o requisito dos certos casos especiais, os anais das negociações de Estocolmo (UNCTAD e ICTSD, 2005, p. 188) revelam que este deve ser interpretado como requerendo uma exceção para um propósito específico. Desse modo, normas abarcando uma larga variedade de matérias ou usos não seriam consistentes com a provisão sendo necessário que a lei preveja, como no caso dos dispositivos do artigo 5º da Diretiva 2001/29 ou do art. 46 da lei 9.610/98 brasileira, quais são os casos excepcionais que limitam a aplicação do direito de autor.

Em relação ao segundo quesito, o referido documento sustenta que a exploração “normal” da obra inclui tanto um componente empírico quanto normativo. Assim, a avaliação do cumprimento dessa segunda exceção demanda análise de como a obra é de fato explorada, assim como se a natureza de exploração é permissível ou desejável. Ou seja, o uso privado não poderia concorrer com a exploração da obra feita por seu titular em âmbito econômico

Por fim, quanto ao prejuízo dos interesses legítimos do titular da obra determinou-se que tanto interesses econômicos e não-econômicos são abrangidos. No que se refere ao “legítimo” tal deve ser visto sob a ótica de autorizado pela lei, enquanto que o “prejuízo” seria

o passível de causar irrazoável perda de rendimentos ao titular da obra (UNCTAD e ICTSD, 2005, p. 193).

É necessário destacar que a aplicação da regra é cumulativa, portanto qualquer uso extraordinário a ser enquadrado como uma exceção prevista no artigo 9(2) da Convenção de Berna deve ser, ao mesmo tempo, um caso especial que não afete a exploração normal da obra e nem prejudique os interesses legítimos do titular da obra. Essa regra geral serve então como um balizador para que as legislações nacionais prevejam cada qual suas limitações ao uso privado, tendo a liberdade para estabelecer as exceções que desejem, entretanto, sempre devendo se pautar pela disposição da normativa internacional, de modo a garantir um equilíbrio entre os direitos patrimoniais do autor e seu uso excepcional.

Todavia, conforme explica Patrícia Akester (2013, p.119), em sua concepção a regra dos três passos só era aplicável para excepcionar o direito de reprodução (previsto no artigo 9(1) da Convenção), porquanto ter sido introduzida com esse propósito à época da Revisão de Estocolmo de 1967. Assim sendo, somente às exceções ao direito exclusivo de reprodução, entendido esse como produção de exemplares, seriam aplicadas as disposições do artigo 9(2). Ver-se-á a seguir a necessária evolução sofrida por essa norma e sua aplicação no atual contexto do direito de autor.

1.2.3. Evolução e entendimento atual da regra dos três passos

Com a evolução dos dispositivos tecnológicos e dos sistemas de trocas de arquivos, tanto o Acordo TRIPS de 1994 quanto o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor (TODA) de 1996 precisaram trazer outra inovação ao âmbito do Direito de Autor. Essa se refere à expansão da aplicabilidade da regra dos três passos para além do direito exclusivo de reprodução da obra.

O artigo 13 do Acordo TRIPS estabeleceu:

Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.
(BRASIL, 1994)

Já o artigo 10º do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor é ainda mais específico ao dispor:

1 — Em determinados casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor, as Partes Contratantes podem estabelecer na sua legislação nacional limitações ou exceções aos direitos reconhecidos no presente Tratado aos autores de obras literárias e artísticas.

2 — Na aplicação da Convenção de Berna, as Partes Contratantes devem restringir as limitações ou exceções aos direitos nela previstos a determinados casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor. (OMPI, 1996)

Sobre o primeiro, Patrícia Akester (2013, p. 410) comenta que a disposição do artigo 13 se adequa, dada sua flexibilidade, ao intenso ritmo de mudança que caracteriza o digital ao permitir a aplicação sem ressalvas da regra dos três passos. Relativamente ao segundo a autora afirma que o artigo 10º do TODA “autoriza a extrapolação, para o campo do digital, de exceções e limitações consideradas aceitáveis pela Convenção de Berna, assim como o alargamento adequado no respectivo âmbito”.

À vista disso, percebe-se a preocupação em fazer com que a legislação autoral acompanhasse a evolução natural dos dispositivos tecnológicos e os meios de comunicação e distribuição de obras por meio da rede. Tal evolução, ainda que tivesse como principal intuito o equilíbrio entre o direito de autor e o interesse público (UNCTAD e ICTSD, 2005, p. 186), inevitavelmente traz maiores restrições ao limite do uso privado, o qual em sua origem, como já mencionado, nem era tutelado pelo Direito de Autor.

Tal expansão da aplicação da regra dos três passos afeta, além do direito de reprodução, os já mencionados Direito de Comunicação e Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao Público. Em decorrência disso as três classes de limites já estudados, com enfoque dado ao uso privado, devem submeter-se à regra dos três passos para serem consideradas legítimas, passando pela necessária tutela da lei. Do mesmo modo, essa expansão se aplica ao meio o qual o conteúdo é explorado, não sendo mais restrito ao meio analógico, mas sim sendo aplicável ao meio digital, incluindo a internet.

Vistos os direitos patrimoniais do autor, seus limites e o modo pelo qual são tutelados pelo regramento internacional, analisar-se-á a seguir o funcionamento do sistema *peer-to-peer* e como ele se relaciona com as normas e disposições do Direito de Autor. A verificação desse paralelo do sistema com a normativa é essencial para determinar sua legalidade como ferramenta de compartilhamento de obras protegidas.

1.3. O sistema *peer-to-peer* e sua relação com o Direito de Autor

1.3.1. As origens e o funcionamento do sistema *peer-to-peer*

Discorrer sobre o funcionamento do sistema P2P envolve, em parte, falar sobre o funcionamento da própria internet, tendo em vista o elemento fulcral de ambos ser o compartilhamento de informações por meio da rede. Contudo, focar-se-á na origem do sistema enquanto facilitador da troca de arquivos entre usuários.

O primeiro sistema a permitir esse tipo de operação foi o americano Napster. Seu criador, Shawn Fanning, de acordo com o engenheiro da Microsoft Jin Li (2008, p. 01), projetou, em maio de 1999, um programa no qual os usuários poderiam disponibilizar as músicas que estivessem dispostos a compartilhar. Além do mais, usuários do programa de Shawn faziam o download do arquivo desejado diretamente do computador de outras pessoas, dispensando o uso de um servidor central.

O programa foi lançado no início do século XXI e chegou a ter 1,5 milhões de usuários simultâneos em fevereiro de 2001. Mesmo tendo sido desligado poucos meses depois por conta de uma ordem judicial ele ajudou a popularizar e a tornar a troca de arquivos por P2P a operação de maior volume na internet (LI, 2008, p. 01).

O Napster e os seus sucessores trouxeram uma revolução na forma como se trocam arquivos na internet. É relevante, dessa maneira, clarificar o que é exatamente o sistema responsável por esse avanço.

Discorre Jin Li (2008, p. 04) que “P2P é definido como uma classe de aplicações que se aproveita de recursos – armazenamento, ciclos, conteúdo, presença humana – disponível nos cantos da internet”³. Complementa ele que em comparação com a tradicional arquitetura cliente-servidor da internet, uma aplicação P2P tem a importante propriedade de que cada nóduo (par) pertence a um diferente usuário e contribui com seus próprios recursos em troca do serviço disponibilizado pela rede P2P.

Assim, o par/usuário é tanto provedor quanto receptor de recursos. Quantos mais pares se juntam à rede P2P e a demanda no sistema aumenta, maior também sua capacidade. Desse modo, continua o engenheiro, uma aplicação P2P requiere poucos recursos para ser gerenciada, além de ser robusta e de escala imensurável. Isso em contraste absoluto com o custo da estrutura de uma aplicação cliente-servidor, onde o servidor é responsável pela capacidade e os usuários somente se aproveitam de sua capacidade, sem contribuir com o compartilhamento de

³ Redação original: *P2P is defined as a class of applications that take advantage of the resources – storage, cycles, content, human presence – available at the edges of the Internet.*

informações. Por conta disso qualquer usuário, escolhido arbitrariamente, pode ser removido da rede sem que essa sofra qualquer perda no serviço de conexão.

Em suma, a função de uma aplicação de P2P é organizar a distribuição de conteúdo com base nos comandos de busca e fornecimento de informação dados pelos usuários. Com o programa correto o sistema permite que os usuários encontrem e compartilhem entre eles os arquivos desejados com poucos cliques.

Sendo o objetivo desse trabalho estudar o sistema supra com base no uso privado, focar-se-á a análise sob a ótica do usuário final, enquanto indivíduo fazendo uso da rede para compartilhar e receber arquivos. Tal distinção é importante tendo em vista que, apesar de ser o elemento central, o usuário não é o único participante da rede P2P. Essa envolve ainda seus intermediários como o provedor de acesso à rede e o responsável por gerenciar e disponibilizar o sistema utilizado para a troca de arquivos (como por exemplo Bittorrent, Kazaa, etc).

No polo do usuário percebe-se a realização de duas operações distintas ao se realizar a troca de arquivos por meio da rede *peer-to-peer* (VIEIRA, 2009, p. 04). A primeira delas, o *download*, ocorrendo quando o usuário encontra e requer a transferência de determinado arquivo para seu computador. A segunda, o *upload*, em decorrência da disponibilização de tal arquivo para que outros possam acessá-lo, de forma a manter a redundância da rede.

A polêmica na utilização do sistema está no fato dele permitir o compartilhamento de obras protegidas de maneira rápida, fácil e sem a autorização do titular do direito. Pode-se argumentar em defesa desse tipo de prática que pelo fato dela ser utilização integral ou parcial da obra por pessoa singular sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros a mesma poderia ser caracterizada como uso privado, portanto além dos limites da atuação do direito patrimonial do autor⁴. Contudo, viu-se anteriormente que esses limites foram expandidos, nomeadamente pela introdução e evolução da regra dos três passos, a qual passou a regular fortemente a possibilidade de utilização do limite do uso privado.

À vista disso, passar-se-á a discorrer sobre cada uma das operações realizadas ao se utilizar o sistema *peer-to-peer*. Objetiva-se verificar a possibilidade de enquadrá-las como uso privado ou não, com base nos fundamentos do Direito de Autor já vistos anteriormente, apontando, caso contrário, quais direitos estariam sendo infringidos mediante a troca de arquivos.

⁴ Pelas próprias características do compartilhamento de arquivos pelo sistema P2P: individualidade, fins não lucrativos, sem intermediários

1.3.2. O *download* de obras protegidas

Na definição de José Alberto Vieira (2009, p. 04) “por *download* entende-se a recepção num computador de um ficheiro armazenado remotamente noutro local, que pode ser um servidor *web*, um servidor FTP, um servidor de correio electrónico ou outro computador, por exemplo, numa rede P2P”. Destaca o autor que esse termo é frequentemente associado a outra operação efetuada no computador receptor pelo seu utilizador, qual seja a gravação do arquivo.

A mera recepção, em sua opinião, não configuraria violação de algum direito patrimonial do autor, tendo em vista ser abarcada pelo uso privado (é o que ocorre por exemplo quando se visualiza um vídeo na internet). O grande problema estaria justamente na realização de cópia duradoura do arquivo no disco rígido do computador, permitindo sua visualização ainda que desconectado da internet, o que ocorre quando se trocam arquivos pelo sistema P2P.

Nesse ponto cumpre destacar quais seriam os direitos patrimoniais tuteláveis quando tal gravação é feita. Como visto anteriormente os passíveis de serem afetados com a realização de tal atividade seriam o direito de comunicação, o direito de reprodução e o direito de comunicação e disposição da obra ao público, mas será que todos ou sequer um deles é abalado por essa atividade?

Sobre o direito de comunicação, Westkamp et. al (2007, p. 26) asseveraam que a característica da simultaneidade da apreciação da obra no decorrer da sua transmissão seria indispensável, bem como defenderam que obra devesse ser transportada de um lugar para outro. Assim, o aspecto dinâmico da troca de arquivos pela internet não seria, a princípio, aplicável à tal direito, pois não é vinculada a um período específico de tempo.

A aplicação do Direito de Reprodução à troca de arquivos pela internet é tímida no sistema do *Droit D’auteur*, mesmo porque nesse ele sofre com a limitação do uso privado, porém sua aplicação é muito mais sentida no direito anglo-saxónico, em especial o norte-americano. Já destaca Pedro Cordeiro:

Ao analisarmos o ordenamento jurídico norte-americano, deparámo-nos com o entendimento de que o acto de descarregamento (“download”) implica a utilização do direito de reprodução. Desde 1993 com a sentença *Playboy, Inc. vs Frena*, que tal é assumido e constitui ponto assente nas orientações dadas aos jurados. (CORDEIRO, 2012, p. 199)

A solução que lhe parece mais preferível, no que tange o sistema do *Droit D’auteur*, é considerar o ato subsequente à colocação à disposição do público como um ato meramente técnico, não reconduzível ao direito de reprodução. Assim, o único direito afetado, de acordo

com o autor português, ao se realizar a troca de uma obra protegida por meio da internet seria o DCDP, e não necessariamente quando do seu *download*. Em suas palavras:

O acto de exploração dá-se com a colocação à disposição do público: daí em diante tudo é coberto pelo âmbito do direito; mas há então mero acto de execução e não de exercício de qualquer faculdade do direito autoral de reprodução, porque o direito autoral já está exercido. Admitir o acto de download como envolvendo o direito de reprodução seria uma situação incompatível com o DCDP. (CORDEIRO, 2012, p. 204)

Assim, somente o *upload*, a ser abordado no próximo tópico, seria passível de tutela pelo DCDP, de modo que a realização de *download*, pelo direito continental europeu, estaria abarcada em sua totalidade pelo limite do uso privado. Na opinião de Pedro Cordeiro (2012, p. 21) “se o choque de permitir o download do ficheiro é grande, tal advém do facto de não ter havido uma contrapartida para o autor. Todavia, foi esse o caminho seguido pelos Tratados Internet”.

Contudo, sobre a legalidade do *download* há no direito comparado uma outra grande tendência. Os países anglo-americanos não conhecem o limite do uso privado e não consagram a cópia privada. Conforme Alberto Vieira:

Nestes, dentro de uma lógica de monopólio absoluto, o download ou cai no âmbito do fair use⁵ (Estados Unidos) ou fair dealing (Reino Unido) ou constitui, pura e simplesmente, uma violação do copyright.

Constatando-se que a jurisprudência destes países não tem incluído o download de ficheiros digitais contendo obras protegidas no âmbito do fair use (ou fair dealing) são ilícitos nestas ordens jurídicas os actos que envolvam a gravação de ficheiros digitais através da Internet. (VIEIRA, 2009, p. 07)

Isto posto, ainda que o *download* esteja a princípio livre da tutela do Direito de Autor no âmbito do direito continental europeu, do qual o Brasil bebe da fonte, cabe ver nos próximos capítulos as especificidades de cada legislação para realmente determinar se a gravação de arquivos no disco rígido de um computador é realmente tão livre quanto os princípios e os tratados internacionais fazem deduzir.

1.3.3. O *upload* de obras protegidas

⁵ O *fair use* tem como partida o *common law* e implica uma apreciação de base equitativa, pela análise de todas as circunstâncias relevantes, de modo a apurar se aquele tipo de utilização por terceiros da obra é justo (ASCENSÃO, 2003, p. 07).

O *upload* é uma operação contrária ao *download*. Trata-se da transmissão de um arquivo que se encontra em um sistema local para outro ponto da rede, como por exemplo, de um PC para um servidor. Dependendo do programa utilizado para realizar a partilha de arquivos por P2P, geralmente após recebidos eles ficam em partilha para outros usuários, tornando-se acessíveis ao *download* de outros usuários do respectivo sistema.

Na opinião de José Alberto Vieira:

O problema jurídico que o upload gera no sistema de Direito de Autor não é o mesmo do download, pois não tem associado uma nova cópia de obra protegida. Envolve, todavia, a disponibilização da obra ao público, dado que esta passa a estar acessível a outros que possam aceder livremente ao ficheiro no servidor ou ao computador do utilizador no sistema P2P. (VIEIRA, 2009, p. 23)

Por suas características exclusivas, viu-se que o direito que é afetado pelo *upload* de arquivos pelo sistema *peer-to-peer* seria o Direito de Comunicação de Disposição da Obra ao Público, conforme disposto no artigo 8º do Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor. Contudo, diz José Alberto Vieira, “um *upload* simultâneo ao *download* para uso privado, e causado pela realização deste último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia”. Desse modo, somente o *upload per se* constituiria violação do supracitado direito, não sendo tutelável pelo uso privado pelo caráter eminentemente público de todos os usuários do sistema P2P terem acesso ao arquivo disponibilizado na rede.

Assim sendo, ao fim desse primeiro capítulo viu-se o que é uma obra protegida, alguns dos direitos patrimoniais do autor e seus limites e a definição do sistema P2P. Dentro desse último, diferenciou-se duas operações, regulamentadas de maneira diferente pelo Direito de Autor. A primeira, *download*, afetaria o Direito de Reprodução, sendo, contudo, tutelada especialmente pelo uso privado. A segunda, *upload*, é a que constituiria ato ilícito caso seja feita sem a autorização do titular de direitos, tendo em vista afetar diretamente o DCDP.

Nos próximos capítulos ver-se-ão as características específicas do ordenamento comunitário europeu e da legislação brasileira. Procurar-se-á perceber como cada região tutela esses direitos, qual o tratamento dado a usuários do sistema P2P e, especialmente no caso brasileiro, se o diálogo com a legislação estrangeira seria importante para melhor tutelar as faculdades do titular do direito de autor.

2. O TRATAMENTO DO SISTEMA *PEER-TO-PEER* NA UNIÃO EUROPEIA

Definidos alguns dos aspectos essenciais para a compreensão dos Direitos de Autor e os limites do uso privado em âmbito internacional, faz-se agora necessário analisar o funcionamento dessa proteção na legislação europeia, foco desse capítulo. A regulação, em âmbito comunitário europeu, se dá, entre outros, por meio de diretivas. Essas são atos legislativos que fixam objetivos gerais que todos os países da UE devem alcançar, porém cabendo a cada país decidir os meios para atingir esse objetivo. Além da normatização, faz-se necessário compreender o posicionamento do TJUE, órgão responsável por pacificar o entendimento dos tribunais nacionais acerca da interpretação das normas comunitárias. Somente após esse segundo passo, poder-se-á verificar especificamente o funcionamento de algumas legislações nacionais sobre o tema.

2.1. A regulação do Direito de Autor no âmbito de União Europeia: a Diretiva 2001/29

2.1.1. A internalização dos Tratados Internacionais na legislação europeia

Tratou-se no capítulo anterior de algumas das regulamentações internacionais que previam a proteção autoral. Agora, faz-se necessário explicitar como tais normatizações foram internalizadas pela União Europeia, somente para depois se compreender sua aplicação nos tribunais e nas legislações de cada país.

Para isso, deve-se entender primeiramente como funcionam as normativas que regem o direito na União Europeia. Há dois tipos de regramentos jurídicos os quais podem ser promulgados em âmbito europeu: o Regulamento e a Diretiva. Araceli Martín e Diego Nogueras (2010, p. 348), discorrem ser o regulamento um instrumento mais acabado dentro do sistema da União, sendo obrigatório em todos os seus elementos e aplicável em todos seus elementos.

Sobre a Diretiva, os autores espanhóis (MARTÍN e NOGUERAS, 2010, p. 351) comentam que essa obriga os Estados-membros quanto ao resultado, deixando nas mãos das autoridades nacionais a eleição da forma de aplicação dos princípios estabelecidos na Diretiva. Assim, a Diretiva não estabelece ordens a serem cumpridas (como o Regulamento), mas sim princípios a serem seguidos adaptáveis à realidade de cada país.

Nesse sentido, deve-se olhar atentamente para a Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual entrou em vigor a partir de 22 de maio de 2001. Ela se refere à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

O Considerando 15 de tal Diretiva⁶ assevera que, entre outros, TODA já havia sido assinado pela maioria dos Estados-Membros da União Europeia e estava em procedimento de ratificação pela UE. A Diretiva destinar-se-ia, portanto, a dar execução a algumas destas obrigações internacionais assinaladas pelo Tratado da OMPI. Levando em consideração que o artigo 1º do TODA já previa expressamente a necessidade de se observar as disposições da Convenção de Berna quando de sua leitura, subentende-se a referida Diretiva europeia estar também de acordo com essa determinação.

Assim, o objetivo central dela é estabelecer diretrizes gerais sobre a proteção dos direitos de autor a serem usadas como base para a criação e interpretação de normas específicas dentro dos países integrantes da União Europeia.

2.1.2. A proteção dos Direitos de Autor pela Diretiva 2001/29

Confirmada a influência direta da Convenção de Berna e do TODA, é necessário estudar as disposições da Diretiva 2001/29 acerca dos direitos patrimoniais do autor. Patrícia Akester (2013, p. 340) comenta que ela harmoniza, entre outros, os direitos patrimoniais à reprodução, à comunicação e à disposição ao público (sendo esta última a pedido do utilizador).

O primeiro deles, reprodução, pode ser encontrado no art. 2º da Diretiva prevendo que o direito exclusivo de autorização ou proibição de reproduções, diretas ou indiretas, temporárias ou permanentes, por quaisquer meios e sob qualquer forma, no todo ou em parte, cabe aos autores e artistas intérpretes executantes, para o fruto de seu trabalho.

Acerca desse direito dispõe Akester:

⁶ O Considerando 15 da Diretiva 2001/29 dispõe: “A Conferência Diplomática realizada sob os auspícios da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), em dezembro de 1996, conduziu à aprovação de dois novos tratados, o Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor e o Tratado da OMPI sobre Prestações e Fonogramas, que tratam, respectivamente, da proteção dos autores e da proteção dos artistas intérpretes ou executantes e dos produtores de fonogramas. Estes tratados atualizam significativamente a proteção internacional do direito de autor e dos direitos conexos, incluindo no que diz respeito à denominada «agenda digital», e melhoram os meios de combate contra a pirataria a nível mundial. A Comunidade e a maioria dos seus Estados-Membros assinaram já os tratados e estão em curso os procedimentos para a sua ratificação pela Comunidade e pelos seus Estados-Membros. A presente diretiva destina-se também a dar execução a algumas destas novas obrigações internacionais”.

A Diretiva sobre a Sociedade da Informação consagra uma definição ampla do conceito de reprodução, incluindo, no seu escopo, todos os tipos de reprodução que possam ocorrer na Internet, quer essa reprodução que possam ocorrer na Internet, quer essa reprodução seja direta ou indireta, temporária ou permanente, por quaisquer meios e formas, quer abranja o todo, quer parte da obra. (AKESTER, 2013, p. 340)

Tal expansão é importante, tendo em vista que o Direito de Reprodução no âmbito dos tratados referidos no primeiro capítulo era limitado somente à confecção de exemplares, não estando o âmbito digital, à princípio, abarcado por eles. A importância desse aumento no entendimento do conceito de reprodução será especialmente sentida no próximo capítulo quando se verão os limites estabelecidos para os Direitos do Autor.

Sobre o Direito de Comunicação da obra ao público e o DCDP, o primeiro previsto na Convenção de Berna e o segundo no TODA, percebe-se a absorção de um pelo outro na presente Diretiva. Ele está previsto no artigo 3º (1) da normatização europeia com a seguinte redação:

Os Estados-Membros devem prever a favor dos autores o direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público das suas obras, por fio ou sem fio, incluindo a sua colocação à disposição do público por forma a torna-las acessíveis a qualquer pessoa a partir do local e no momento por ela escolhido.

Dessa forma, a primeira parte do trecho supracitado concede aos autores um direito geral de comunicação ao público enquanto que a segunda incorpora o DCDP. Nomeadamente quanto à comunicação ela abrange todas as comunicações ao público não presente no local de transmissão, seja ela com fio ou sem fio, de acordo com o Considerando 23⁷ da Diretiva. Já quanto à colocação à disposição do público, Patrícia Akester destaca que esse:

Abrange todos os atos de colocação de obras e prestações protegidas à disposição do público, público esse não presente no local de onde provêm esses atos de colocação à disposição, emergindo no fato de qualquer pessoa poder aceder-lhes a partir do local e no momento por ela escolhido. (AKESTER, 2013, p. 348)

Por conseguinte, percebe-se da transposição da Convenção de Berna e do TODA para a Diretiva 2001/29 uma evolução dos conceitos. Enquanto que o direito de reprodução se expande para abarcar as cópias providas do ambiente digital, o direito de comunicação e o DCDP são

⁷ O Considerando 23 da Diretiva 2001/29 dispõe: “A presente diretiva deverá proceder a uma maior harmonização dos direitos de autor aplicáveis à comunicação de obras ao público. Esses direitos deverão ser entendidos no sentido lato, abrangendo todas as comunicações ao público não presente no local de onde provêm as comunicações. Abrangem ainda qualquer transmissão ou retransmissão de uma obra ao público, por fio ou sem fio, incluindo a radiodifusão, não abrangendo quaisquer outros atos”.

unidos de modo a abarcar todos os meios de transmissão da obra ao público e, especialmente, a maneira como se tem acesso a ela, percebendo-se claramente o enfoque dado à internet.

2.1.3. Os limites ao Direito de Autor de acordo com a Diretiva 2001/29

À exemplo da Convenção de Berna, do Acordo TRIPS e do TODA, a Diretiva 2001/29 também prevê, em seu artigo 5º, certos casos em que o uso da obra sem a autorização de seu titular é permitido. Entre elas, no art. 5º, nº 2, alínea b), encontra-se a previsão da cópia privada:

Em relação às reproduções em qualquer meio efetuadas por uma pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais diretos ou indiretos, desde que os titulares dos direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação ou a não aplicação de medidas de carácter tecnológico

Em relação à primeira parte do artigo percebe-se direta relação com os dispositivos das leis internacionais mencionadas no capítulo anterior. Já refere o Considerando 33 da Diretiva que se o ato de reprodução não tiver carácter económico, for realizado de maneira temporária e for legítimo (por pessoa singular conforme já referido no ponto 1.2.1), tal constitui uma exceção ao direito exclusivo de reprodução previsto na Diretiva.

Entretanto, com o objetivo de salvaguardar um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos a Diretiva introduziu no Considerando 31⁸ a necessidade de compensação equitativa pela cópia privada na segunda parte do artigo. O objetivo dessa instituição seria, nas palavras de Dário Moura Vicente (2011, p. 05), o de compensar o possível prejuízo causado aos titulares de direitos pelos atos praticados ao abrigo das exceções ou limitações ao direito de autor.

Além da possibilidade do uso privado essa normatização estabelece extenso rol taxativo de limites e exceções aos direitos de autor que os países da UE podem consagrar. Contudo, conforme destaca José Alberto Vieira (2009, p. 06), “apesar de taxativo, o elenco dos limites

⁸ O Considerando 31 da Diretiva 2001/29 dispõe: “Deve ser salvaguardado um justo equilíbrio de direitos e interesses entre as diferentes categorias de titulares de direitos, bem como entre as diferentes categorias de titulares de direitos e utilizadores de material protegido. As exceções ou limitações existentes aos direitos estabelecidas a nível dos Estados-Membros devem ser reapreciadas à luz do novo ambiente electrónico. As diferenças existentes em termos de exceções e limitações a certos atos sujeitos a restrição têm efeitos negativos diretos no funcionamento do mercado interno do direito de autor e dos direitos conexos. Tais diferenças podem vir a acentuar-se tendo em conta o desenvolvimento da exploração das obras através das fronteiras e das atividades transfronteiras. No sentido de assegurar o bom funcionamento do mercado interno, tais exceções e limitações devem ser definidas de uma forma mais harmonizada. O grau desta harmonização deve depender do seu impacto no bom funcionamento do mercado interno”.

admitidos ao direito de autor foi deixado na vontade dos Estados-membros, que os consagrarão ou não de acordo com os ditames da sua política interna”.

Desse modo, a aplicação de preceitos, em sua totalidade ou não, ficará a critério de cada Estado-Membro da UE. As disposições do artigo 5º da Diretiva servem, então, apenas como uma base para os legisladores nacionais redigirem suas leis. Isto posto, inclusive as disposições da cópia privada e da compensação equitativa são passíveis de não serem aplicadas pelas legislações dos países da UE.

Todavia, independentemente das exceções adotadas, os Estados-Membros são obrigados a limitar sua atuação com base na regra dos três passos. Isso está disposto no art. 5º, nº 5 o qual prevê o seguinte:

As exceções e limitações contempladas nos números 1, 2, 3 e 4 só se aplicarão em certos casos especiais que não entrem em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito

Percebe-se aqui uma clara preocupação da Diretiva em garantir o uso comedido das limitações aos Direitos de Autor, independentemente de quais elas sejam. Sobre a questão Alberto Vieira (2009, p. 35) adverte que a regra dos três passos deve ser entendida como instrumento de controle da política legislativa dos Estados no estabelecimento de limites ao direito de autor, enquanto que Moura Vicente (2011, p. 263) recorda que “a regra dos três passos constitui um todo indivisível e que os três passos devem ser considerados conjuntamente e como um todo numa avaliação global”.

Tais afirmações asseveram a necessidade de aplicar a regra dos três passos como técnica de controle legislativa e que a redação de uma lei sobre o assunto precisa estar pautada nesse teste como um todo, ainda que estabelecidos critérios específicos para os “casos especiais” no art. 5º da Diretiva.

Assim sendo, percebe-se uma evolução na aplicação dos conceitos delineados no capítulo anterior, tanto no que se refere aos direitos patrimoniais do autor, quanto de seus limites. Quando se fala da legalidade do sistema de trocas por *peer-to-peer* então, essa ideia é de grande relevância.

O *upload* continua amplamente abarcado pela Diretiva, especialmente no que tange ao artigo 3º conter o Direito de Comunicação e o DCDP e fato de que o artigo 5º não contém nenhuma exceção aplicável ao caso, de modo que sua prática de maneira independente continua ilegal. Quanto ao *download* a análise resta mais complexa. Pelo fato do direito de reprodução

estar alargado e de cada país poder estabelecer quais limites aplica ou não aplica, nem sempre o uso e a cópia privada serão tutelados da mesma forma. Isso permite a existência de países que exijam a compensação equitativa, outros que exijam a cópia seja feita de obra licitamente adquiridas e ainda aqueles que proíbam a reprodução com fins privados.

O propósito do próximo ponto é, então, tentar dirimir algumas dúvidas com relação à aplicação dos direitos e limitações mencionados por meio da análise desses em julgados do TJUE os quais tangenciem o compartilhamento de arquivos por meio da internet. Com o esclarecimento desses pontos levantados pela normativa europeia é que se poderá ver como alguns países aplicam efetivamente essas disposições

2.2. O TJUE e a jurisprudência europeia referente ao compartilhamento de arquivos na rede

2.2.1. O funcionamento do TJUE

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é responsável por interpretar o direito aplicado na União Europeia a fim de garantir sua aplicação uniforme em todos os Estados-membros. O Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) (TFUE, 2007) dispõe em seu artigo 19.3 que o TJUE se pronunciará em conformidade com os tratados: sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, pessoas físicas ou jurídicas; a título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições e; nos demais casos previstos pelos Tratados.

Dispõem Martín e Nogueras (2010, p. 438) que o TJUE dispõe de um número limitado de competências de atribuição que lhe conferem o monopólio, em última instância, da interpretação do direito da União Europeia. Elucidam os autores (2010, p. 440) que esse tribunal pode exercer tanto uma função de corte de cassação quanto exercer funções próprias das jurisdições contencioso-administrativas, por meio do levantamento de questões prejudiciais, recursos de incumprimento, recursos de responsabilidade contratual, entre outros.

Os casos utilizados a seguir todos concernem litígios entre instituições privadas, nos quais os tribunais de instância superior de cada país chegavam à tal ponto do processo em que sua resolução exigia interpretação de diretiva europeia, sendo necessário ultrapassar o âmbito da legislação nacional. Para tanto, os tribunais emitiam questões prejudiciais, as quais deveriam ser analisadas pelo corpo do TJUE. Este atuou, então, na função de tribunal de cassação, ao

garantir a aplicação e interpretação uniforme do Direito da UE (MARTÍN e NOGUERAS, p. 439).

Essas questões referem-se via de regra, à aspectos específicos da Diretiva 2001/29, cuja resposta num sentido ou em outro afetava o modo como se aplicaria a legislação nacional no caso concreto. Assim, o julgamento do caso pela instância nacional só poderia continuar após o TJUE emitir seu parecer. O objetivo dessa seção, então, é analisar algumas dessas decisões a fim de entender melhor como os governos e tribunais nacionais devem se posicionar ante a aplicação do direito europeu no caso das modalidades de compartilhamento via *peer-to-peer*.

2.2.2. Jurisprudência europeia

No que se refere ao *upload* de arquivos na internet, a jurisprudência do TJUE se mostra muito clara no sentido de julgar esta como infração ao direito de comunicação e disposição da obra ao público (art. 3º da Diretiva 2001/29). Como primeiro exemplo tem-se o processo C-170/12 de 13/06/2013, submetido pela *Cour de Cassation* francesa.

Esse opõe P. Pinckney, músico francês, à KDG Mediatech, empresa de mídia austríaca. O primeiro acusou o segundo de realizar e distribuir cópias físicas de suas músicas em território francês, assim como divulgá-las digitalmente, por meio de *upload*. A questão cujo TJUE foi instado a se pronunciar concernia à delimitação de competência territorial para crimes cometidos através da internet. O relevante para a questão, contudo, é o que se comenta acerca do *upload* de obras.

O TJUE, nesse caso, considerou que a venda dos CDs contendo a música de P. Pinckney sem sua autorização deveria se equivaler à distribuição realizada através da rede, pois ambas teriam como objetivo “transferir a propriedade do suporte material de um conteúdo protegido por um direito de autor”.

O acórdão justifica tal posição citando o já referido Considerando 23 da Diretiva 2001/29, argumentando que a intenção do legislador seria de que todos os processos de comunicação da obra ao público fossem abrangidos pelo artigo 3º da normatização. Ademais, conclui a turma julgadora nesse aspecto que “se a colocação em linha das canções a que se refere o órgão jurisdicional de reenvio for considerada um ato de reprodução, parece-me que este estará localizado no lugar da colocação em linha (*upload*)”. Assim, percebe-se que tanto no caso da aplicação do DCDP, quanto na aplicação do direito de reprodução, resta evidente que a infração ocorre no momento da distribuição das obras.

Outro caso que reforça essa tese é o processo C-607/11 de 07/03/2013, submetido pela *High Court of Justice* do Reino Unido, o qual opõe o grupo ITV Broadcasting à TVCatchup Ltd, esta acusada de difundir pela internet em tempo real as emissões televisivas da primeira.

Esse acórdão traz uma definição importante ao considerar que os meios de transmissão pela internet são independentes de outros, de modo que necessitam de autorização individual do titular do direito de autor, nos termos do art. 3º, nº 1 da Diretiva 2001/29. Assim dispõe o julgado:

Uma vez que uma disponibilização das obras através da retransmissão, na Internet, de uma radiodifusão televisiva terrestre é feita empregando um modo técnico específico que é diferente do da comunicação de origem, deve ser considerada uma «comunicação» na aceção do artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29. Por conseguinte, essa retransmissão não pode subtrair-se à autorização dos autores das obras retransmitidas quando estas são comunicadas ao público.

Por fim, o conceito mais importante é trazido pelo processo C-245/00 de 06/02/2003, submetido *Hoge Raad* neerlandês acerca da necessidade da efetiva comunicação ao público para se enquadrar uma disposição da obra no art. 3º da supracitada diretiva. O caso opunha o Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) contra o Nederlandse Omroep Stichting (NOS).

Ao tratar sobre a distribuição de obras via internet, esse acórdão comenta que “o conceito de público a que se refere a referida disposição visa um número indeterminado de destinatários potenciais e implica, por outro lado, um número de pessoas bastante importante”, destacando ser irrelevante saber se os destinatários da obra efetivamente a acessam, denominando-os de destinatários potenciais.

Entretanto, nem toda disponibilização de conteúdo é ilegal, como revela o processo C-360/13 de 05/06/2014, submetido pela *Supreme Court* do Reino Unido. Nele, a Public Relations Consultants Association Ltd e a Newspaper Licensing Agency litigavam a respeito da necessidade de se conseguir dos titulares de obras uma permissão para a consulta de *websites* que impliquem a cópia desses na tela do computador do usuário e na memória de armazenamento temporário do disco rígido desse computador.

No parágrafo 57 do acórdão, sobre a legalidade do conteúdo presente na internet, o TJUE comenta:

A este respeito, há que salientar que os editores dos sítios Internet disponibilizam as obras aos internautas, tendo aqueles editores, por sua vez, em conformidade com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2001/29, a obrigação de obter a autorização

dos titulares dos direitos de autor em causa, consistindo esta disponibilização numa comunicação ao público na aceção deste artigo.

Percebe-se, por uma questão de lógica, que o conteúdo disponibilizado com a autorização de seu titular não infringe o art. 3º da diretiva acima. Outrossim, a decisão final desse processo é igualmente relevante, pois estabelece, saindo do âmbito do *upload* e passando a discutir o *download*, que cópias feitas de maneira temporária estão abarcadas pela condição da regra dos três passos (art. 5º, nº 5 da diretiva), portanto podendo serem realizadas sem a autorização do titular dos direitos da obra. Nas palavras do *decisium*:

O artigo 5.º da Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação, deve ser interpretado no sentido de que **as cópias no ecrã de um computador do utilizador e as cópias na memória de armazenamento temporária** (memória «cache») do disco rígido desse computador, **efetuadas por um utilizador final durante a consulta de um sítio Internet, preenchem os requisitos segundo os quais essas cópias devem ser temporárias, transitórias ou episódicas e constituir parte integrante e essencial de um processo tecnológico, bem como os requisitos fixados no artigo 5.º, n.º 5, desta diretiva**, e podem, por conseguinte, ser realizadas sem autorização dos titulares de direitos de autor. (Grifo meu)

Porém, como proceder se a cópia realizada é permanente, armazenada no disco rígido do computador, como quando ocorre em decorrência do *download* via P2P? Essa é a pergunta que o processo C-467/08 de 11/05/2010, submetido pela *Audiencia Provincial* de Barcelona, se propõe a responder. Esse caso opõe a Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), entidade espanhola de gestão de direitos de propriedade intelectual, contra a empresa de mídias tecnológicas Padawan S.L.

A SGAE exigiu da Padawan o pagamento de compensação equitativa por cópia privada pelos dispositivos de mídia (CDs, DVDs, leitores de MP3) comercializadas por esta entre 2002 e 2004. A compensação equitativa, como visto anteriormente, está prevista no artigo 5º, nº 2, alínea b), da Diretiva 2001/29 e visa remunerar os titulares do direito de autor pelo prejuízo sofrido em decorrência da prática legal do uso e da cópia privada. A questão central submetida era se “o regime legal vigente no Reino de Espanha, que consiste em aplicar a taxa por cópia privada a todos os equipamentos, aparelhos e suportes de reprodução digital de forma indiscriminada, pode ser considerado compatível com a diretiva”. A solução permitiria afirmar se SGAE teria o direito de exigir compensação sobre todos os dispositivos tecnológicos vendidos pela Padawan ou somente aqueles efetivamente utilizados para a cópia privada.

Subsidiariamente também se indagou se a compensação equitativa pela cópia privada deveria ser harmonizada pelos membros da UE, ou seja, necessariamente aplicada a todos, ou não.

Na decisão do caso, o TJUE declarou primeiramente que os estados-membros da UE devem garantir um justo equilíbrio entre titular e utilizador dos direitos de autor, de modo que aplicação do princípio da compensação equitativa deve ser aplicado para todos os Estados-membros da UE. Em segundo lugar, declarou que tal taxa só poderia ser aplicada aos dispositivos tecnológicos utilizados para esse fim, de modo que o SGAE somente poderia cobrar da Padawan valores referentes aos dispositivos tecnológicos efetivamente utilizados para o uso privado.

A análise desse acórdão revela que na Europa ainda que o uso ou cópia seja feito por pessoa singular para uso privado, sem fins comerciais e respeitando a regra dos três passos, a compensação equitativa ainda assim é devida. Entretanto, uma questão que esse último processo não sana é se a taxa também poderia ser cobrada quando a origem da obra é ilícita, o que ocorre, via de regra, quando da disponibilização de conteúdo via P2P. É esse último questionamento, central para o desenvolvimento do trabalho, que o processo C-435/12 de 09/01/2014, submetido pelo *Hoge Raad* neerlandês, soluciona.

As requerentes nesse caso eram uma série de importadoras e produtoras de dispositivos de mídia destinados à gravação de obras, enquanto que as requeridas eram a Stichting de Thuiskopie, fundação encarregada pela cobrança da taxa por cópia privada, e a Stichting Onderhandelingen, órgão encarregado de fixar o montante a ser cobrado. As primeiras intentaram ação contra as segundas alegando que a compensação equitativa só deveria ser cobrada quando a cópia fosse feita a partir de obra disponibilizada licitamente. Argumentavam no sentido de não se cobrar a taxa pela cópia privada quando a reprodução se originasse de fonte ilícita, em violação do direito de autor.

Em decorrência disso, o *Hoge Raad* suspendeu a instância e apresentou ao TJUE duas questões prejudiciais importantes para o trabalho em questão. A primeira é justamente se o artigo 5º, nº 2, início e alínea b), conjugado ou não com o artigo 5º, nº 5, é aplicável para cópias decorrentes de fontes ilícitas ou não. A segunda, caso negativa a primeira, é se uma norma de direito nacional pode prever tal violação sem violar as disposições da diretiva.

Em resposta à primeira questão o TJUE assim se manifestou:

O artigo 5.º da Diretiva 2001/29 deve ser interpretado no sentido de que a exceção de cópia privada que prevê só se aplica às reproduções de obras ou de material protegido a título do direito de autor e dos direitos conexos realizadas a partir de fontes lícitas.

Já no que se refere à segunda o acórdão expõe que “um Estado-Membro não pode cobrar a taxa que deve acompanhá-la, a não ser sobre as reproduções de obras ou de material protegido a título do direito de autor e dos direitos conexos realizadas a partir de fontes lícitas”. Portanto, percebe-se que a compensação equitativa pela cópia privada só é possível de ser aplicada em decorrência de uma reprodução de obra a partir de fonte lícita e que o Estado-membro na UE não pode prever modalidade de cobrança sobre a reprodução a partir de fonte ilícita em seu ordenamento.

Chega-se à conclusão de que enquanto a jurisprudência europeia é bem clara no sentido de proibir o *upload* de obras, o mesmo não ocorre no que tange ao *download*, de modo que no âmbito do TJUE não se pode considerar a questão do download como pacificada. Fica claro que nesse aspecto reproduções temporárias em telas de computador são autorizadas, enquanto às permanentes requerem o pagamento de compensação equitativa, além do respeito à regra dos três passos. Todavia, a cobrança de compensação só pode ser feita em decorrência de disponibilização lícita. Assim, fica claro que o usuário do sistema *peer-to-peer* que somente realiza o *download* de obra, além de ter sua utilização abarcada pelo princípio do uso privado, ao menos em âmbito da diretiva, fica desobrigado do pagamento de compensação equitativa.

No que se refere à disponibilização de obras por esse sistema, por outro lado, a jurisprudência é muito clara em proibir sua realização sem a autorização do titular do direito de autor, de modo a tornar ilegal o ato de *upload*. Sendo, pela própria natureza do sistema, as duas operações realizadas simultaneamente poderia ocorrer certa confusão sobre qual precedente aplicar. Por esse motivo José Alberto Vieira esclarece:

Um upload simultâneo ao download para uso privado, e causado pela realização deste último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia. De outro modo, um processo técnico de funcionamento do software de partilha de ficheiros serviria de obstáculo ao exercício da liberdade de copiar obra ou prestação para uso privado, eliminando esta, o que não parece aceitável. (VIEIRA, 2009, p. 39)

Assim, pelo próprio funcionamento do sistema, tornar seu uso para *download* ilegal pelo motivo do *upload* ser feito simultaneamente evitaria o uso legítimo dessa tecnologia. Por esse motivo a proibição de programas de compartilhamento via P2P não seria uma solução legítima para o compartilhamento ilegal de arquivos, ao proibir que outras pessoas façam seu uso de maneira abarcada pela lei.

Observou-se ao final tanto do ponto sobre a Diretiva 2001/29 quanto do ponto sobre sua aplicação jurisprudencial que amplo espaço regulatório é deixado aos Estados, com a Diretiva apenas estabelecendo a necessidade de se garantir o equilíbrio aos interesses do autor e o tribunal garantindo uma aplicação uniforme desses princípios. No tópico seguinte, analisar-se-á algumas leis de Estados-Membros da União Europeia sobre a possibilidade de *download* de obras por meio de sistemas *peer-to-peer*. Esse será exemplificado tanto por meio de regulamentações mais restritivas à possibilidade de livre *download* de obras quanto por meio daquelas mais permissivas à tal prática.

2.3. A regulação do *download* e *upload* de obras por alguns Estados-Membros da UE

2.3.1. Legislação do Reino Unido

No extremo mais restritivo à prática do *download* encontra-se a legislação do Reino Unido. Como visto, este território não consagra a teoria do uso privado, não sendo aplicado às cópias individuais o conceito de *fair dealing*.

Este, ainda que não possua definição exata, constitui-se de atos detalhados extensivamente pela *Copyright, Designs and Patents Acts* (CDPA) de 1988 (WAELE et. al, 2014, p. 168), lei britânica sobre o Direito da Propriedade Intelectual. Esse rol taxativo encontra-se entre as subseções 28 e 76 da referida lei sob o título '*Acts Permitted in relation to Copyright Works*' e objetiva garantir o uso livre de obras em áreas onde se pensa que o interesse público na disseminação de informações e ideias é maior do que o interesse do detentor de direitos em ser recompensado pelo uso de sua obra (WAELE et. al, 2014, p. 39). Ao contrário da lei americana, a qual permite a aplicação de seu *fair use* caso a caso, o *fair dealing* não possui um princípio geral que permite sua aplicação além daquelas dispostas em lei.

Alec Cameron (2015, p. 1003) destaca que a legislação britânica só permite qualquer tipo de cópia ou uso privado quando o usuário já detém uma cópia da obra e que essa não permite o compartilhamento da obra em âmbito familiar (enquanto extensão do uso privado dentro de um grupo fechado de pessoas). Do contrário, a realização de *downloads* por meio de um programa P2P representaria uma violação do *copyright* e induziria seu autor em responsabilidade pela mesma (*direct infringement*) (WAELE et. al, 2014, p. 40).

2.3.2. Legislação da Alemanha

A legislação alemã, por outro lado, consagra o sistema do uso privado no artigo 53 e 54 de seu *Urheberrechtsgesetz* (ALEMANHA, 1965). Entretanto, tal uso contém limitações, haja vista o artigo 53 dessa lei somente permitir o uso privado referente a obras que não tenham tido origem evidentemente ilegal. Conforme redação da primeira parte do dispositivo:

Será permitido a uma pessoa natural fazer cópias individuais de uma obra para uso privado em qualquer meio, na medida em que elas não sirvam direta ou indiretamente para interesses comerciais, enquanto nenhuma fonte de origem inequivocamente ilegal, ou que tenha sido disponibilizada por meios ilícitos, seja utilizada para a realização da cópia.

José Alberto Vieira (2009, p. 16) observa que a redação do dispositivo pode gerar dúvidas no que concerne à legalidade do *download* de conteúdo via sistema P2P, especialmente no que tange a exigência de a fonte da cópia realizada não ser “inequivocamente ilegal”. Esclarece o autor português que o usuário do sistema não teria a obrigação de saber a origem do conteúdo baixado por meio dele, devendo somente tomar cuidado para não realizar o *upload* da obra, tendo em vista sua iminente ilegalidade sem a autorização do titular.

Todavia, conforme já noticiou o portal de notícias *Torrentfreak*⁹, no ano de 2013, 446 titulares de direitos de autor enviaram, juntos, 109.000 notificações extrajudiciais para usuários alemães acusados de fazerem cópias de obras a partir de fontes ilícitas na internet. Tais notificações abrangiam desde cópias de e-books até grandes filmes e músicas.

Isto posto, percebe-se que as grandes produtoras e gravadoras vêm utilizando o artigo 53 do *Urheberrechtsgesetz* para processar usuários que realizem o *download* de obras protegidas em território alemão, contradizendo o exposto anteriormente pelo jurista português. Percebe-se assim que apesar de menos rígida que a lei britânica, a lei alemã conduz a efeito prático equivalente de inviabilizar cópias realizadas para uso privado.

2.3.3. Legislação da Espanha

No sistema espanhol, a recente modificação ao “Real Decreto Legislativo 1/1996” (ESPANHA, 1996), datada de 05/11/2014, fez com que o modo de se aplicar o uso privado

⁹ Disponível em: <<https://torrentfreak.com/lawyers-sent-109000-piracy-threats-in-germany-during-2013-140304/>>. Visto em: 06/05/2015

nesse país se assemelhasse em muito com o modelo alemão. O novo artigo 31, número 2, e suas letras “a” e “b” assim preveem:

2. Sem prejuízo da compensação equitativa prevista no artigo 25, não precisa de autorização do autor a reprodução, em qualquer suporte, sem assistência de terceiros, de obras já divulgadas, quando concorram simultaneamente as seguintes circunstâncias, constitutivas do limite legal de cópia privada: a) que se levem a cabo por uma pessoa física exclusivamente para seu uso privado, não profissional nem empresarial, e sem fins direta ou indiretamente comerciais. b) que a reprodução se realize a partir de obras a que tenha acessado legalmente a partir de uma fonte lícita.

Pelo seu caráter recente não é possível avaliar se essa modificação à lei terá o mesmo resultado prático da lei alemã. Entretanto é possível de se perceber a preocupação do legislador espanhol em coibir a realização de cópias a partir da internet.

2.3.4. Legislação da Itália

A Itália, por sua vez, adota um sistema de compensação equitativa no qual a responsabilidade pela remuneração da cópia privada é dos vendedores e distribuidores de dispositivos tecnológicos que permitam a realização da cópia. Assim dispõem os artigos 71-septies, números 1 e 3 da lei italiana de direito de autor (Legge, 22/04/1941 n° 633, G.U. 16/07/1941):

1. Os autores e produtores de fonogramas, não diferente dos produtores originais de obras audiovisuais, artistas e produtores de gravações de vídeo, e seus sucessores, têm direito a remuneração para a cópia privada das gravações sonoras e gravações de vídeo conforme o artigo 71-sexies. Este pagamento é feito, para os equipamentos utilizados exclusivamente para gravação analógica ou digital das gravações de som ou de vídeo (...). 3. A compensação é devida por quem fabrica ou importa para o território do Estado a fim de lucrar com os dispositivos e meios de comunicação a que se refere o número 1. (ITÁLIA, 1941)

Essa disposição então desobrigaria o usuário final que realiza o *download* de uma obra a partir de um sistema P2P de indenizar pelo seu uso privado. A única limitação estabelecida ao usuário é trazida pelo artigo 71-sexties que prevê ser “consentida a reprodução privada de fonogramas e videogramas em qualquer suporte, efetuada por uma pessoa física exclusivamente para uso pessoal, sem escopo de lucro e sem fim comercial direto ou indireto”. Nota-se aqui a limitação ao princípio do uso privado somente para cópias de arquivos de áudio e vídeo, deixando de fora, aparentemente, outras formas de obras (WESTKAMP, 2007, p. 17).

2.3.5. Legislação de Portugal

Por fim, esse tema é regulado no direito português por meio do Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (PORTUGAL, 1985) (CDADC), aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de março. A disposição acerca do uso privado pode ser encontrada no art. 75º, nº 2, alínea a) e diz ser lícita sem o consentimento do autor:

A reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica fotográfica ou processo com resultados semelhantes, com excepção das partituras, bem como a reprodução por qualquer meio realizada por pessoa singular para uso privado e sem fins comerciais directos ou indirectos.

Constata-se da verificação desse dispositivo que com excepção das partituras qualquer obra pode ser utilizada livremente em âmbito privado, independentemente se provir de fonte lícita ou não. Até muito recentemente a legislação desse país costumava ser a mais leniente ao usuário no que concernia a possibilidade de *download* por meio de sistemas P2P. Isso mudou em decorrência da lei nº 62/98 (PORTUGAL, 2014), de 01/09/14, promulgada pelo presidente português em março de 2015, a qual prevê a necessidade de compensação pela cópia privada.

Essa lei prevê a cobrança de uma taxa a ser incluída no preço de venda de todo aparelho capaz de armazenar conteúdo digital, a qual será repassada para a Associação para a Gestão da Cópia Privada (AGECOP) e redistribuída pelos detentores de direitos de autor. Assim, essa lei garantiria a remuneração dos titulares de obras protegidas, ainda que o CDADC possibilite a mais ampla aplicação do princípio do uso privado.

Conclui-se, ao final desse capítulo que os países da União Europeia vêm desenvolvendo meios de limitação ao princípio do uso privado à medida que os dispositivos de compartilhamento de arquivos se tornam cada vez mais rápidos e eficientes. Esses vão desde os mais radicais, qual seja a proibição do uso privado, até a possibilidade de sua aplicação desde que a fonte da obra seja lícita ou que se compense equitativamente seu titular.

No âmbito da jurisprudência europeia percebe-se claramente que os atos de *upload* infringiriam direitos exclusivos do autor, por não respeitarem seu direito de comunicação e disposição da obra ao público, de modo que quem compartilha arquivos por meio de sistema P2P pode ser responsabilizado por seus atos. Da Diretiva depreende-se que todo ato de uso

privado, nomeadamente a utilização do referido sistema, deve respeitar a regra dos três passos, objetivando garantir o equilíbrio entre os interesses privados dos titulares de obras protegidas e o interesse público em garantir sua disseminação e uso. A regra dos três passos é, assim, uma norma geral aplicável a todas às limitações ao Direito de Autor (WESTKAMP, 2007, pp. 21, 22).

3. A TUTELA DO SISTEMA *PEER-TO-PEER* NO BRASIL

O propósito deste capítulo é averiguar o modo pelo qual o conjunto legal brasileiro tutela o funcionamento do sistema de trocas via *peer-to-peer*. Dadas as crescentes limitações impostas à possibilidade do uso privado sobre obras na União Europeia, faz-se necessário saber qual a rigidez da norma brasileira sobre o assunto e se ela busca trazer o equilíbrio entre os interesses do titular da obra e o interesse público.

Para esse fim, analisar-se-á sua previsão na Constituição Federal e na legislação ordinária, assim como seu tratamento pelos tribunais pátrios. Por fim, verificar-se-á a possibilidade de diálogo entre a aplicação do direito brasileiro e do direito europeu.

3.1. Previsão legal sobre a proteção e os limites ao Direito de Autor no Brasil

3.1.1. Previsão dos tratados no direito brasileiro

No que tange aos tratados tanto a Convenção de Berna quanto o Acordo TRIPS foram recepcionados pelo direito brasileiro. Eles foram promulgados respectivamente pelo decreto número 75.699, de 6 de maio de 1975 e pelo decreto número 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o qual incorpora os resultados da rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do GATT. Assim, todos os dispositivos e princípios anteriormente vistos concernindo essas duas normativas internacionais são aplicáveis no Brasil como leis ordinárias.

Entretanto, o Estado brasileiro tem como lei suprema a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontrando-se nela suas normas fundamentais o que a torna superior a qualquer outra lei vigente no país. Assim, ela está presente no vértice do sistema jurídico brasileiro (DA SILVA, p. 45), ao qual confere validade e torna legítimos os poderes estatais.

Pelo princípio da supremacia constitucional, de acordo com José Afonso da Silva (2011, p. 46), “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”. Isto posto, tratados que não versem sobre direitos humanos, quando adotados, são internalizados pela legislação brasileira como leis ordinárias¹⁰, conforme dispõem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p.

¹⁰ Nesse sentido: “os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro passaram a ter três hierarquias que cumprem ser diferenciadas: a) os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que forem

1609), ao comentarem sobre o Recurso Extraordinário n. 466.343/SP no Supremo Tribunal Federal¹¹.

Assim, toda normatização internacional sobre o Direito de Autor prevista pela legislação brasileira deve respeitar os princípios estabelecidos constitucionalmente, por conta do seu enquadramento enquanto lei ordinária.

3.1.2. A proteção dos Direitos de Autor pela legislação brasileira

A proteção autoral é direito fundamental garantido pelo artigo 5º da Constituição. O inciso XXVII desse dispositivo (BRASIL, 1988) prevê pertencerem aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, sendo esse transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. Da Silva (2011, p. 276), sobre esse ponto, declara aí se assegurarem “os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado direito de propriedade intelectual, que compreende os direitos morais e patrimoniais”. Tal determinação é essencial, pois seu estabelecimento como direito fundamental assevera sua necessidade de ser protegido pela legislação.

Além da mencionada previsão constitucional e dos tratados internacionais, a proteção ao Direito de Autor é regulada no Brasil por três leis distintas. São elas a lei nº 9.609/98 (Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências), lei nº 9.610/98 (altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências) e artigo 184¹² do decreto-lei nº 2.848/40 (referente aos crimes contra a propriedade intelectual).

aprovados em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Já os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário terão o status de supralegal. No que tange aos tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às leis ordinárias.” (CARVALHO, 2012)

¹¹ (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)

¹² **Art. 184:** Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. **§ 1º** Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. **§ 2º** Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente; **§ 3º** Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização

Os direitos dos titulares de obras à comunicação, reprodução e disposição ao público, tidos como essenciais para a análise da legalidade do uso de sistemas *peer-to-peer*, são tutelados em específico pela lei 9.610/98.

O direito à comunicação é definido no artigo 5º, inciso V, da referida lei, como “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares”. Este direito, inclusive, possui o capítulo II do título IV do dispositivo legal dedicado inteiramente a ele. Os artigos 68 a 76 definem representação e execução pública, além de estabelecer normas procedimentais acerca da aplicação desse direito. Ao contrário do que ocorre na Diretiva 2001/29, a lei brasileira não mescla esse direito com o DCDP, tornando a comunicação pública uma modalidade independente.

O direito de reprodução, além de sua expressa previsão constitucional, é direito patrimonial protegido pelo artigo 29, inciso I, da lei 9.610, o qual dispõe depender de autorização prévia e expressa do autor a reprodução integral ou parcial da obra. Quanto ao que se entenderia como reprodução ou os meios pelo qual ela pode ser realizada, o artigo 5º, inciso VI, da mesma lei a define¹³.

Nota-se aqui o mesmo tipo de expansão de entendimento acerca da aplicabilidade do direito de reprodução encontrado na Diretiva 2001/29 da UE, ao estender sua aplicação aos meios eletrônicos ou outros a serem desenvolvidos. Isso mostra a preocupação do legislador brasileiro em tutelar o modo como se trocariam as informações por meio da internet. Inclusive, o zelo foi tamanho que o artigo 30 da Lei de Direito de Autor (LDA) prevê no exercício do direito de reprodução o titular poder colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

Ora, viu-se que a colocação à disposição do público da obra foi uma inovação trazida pelo TODA por meio do DCDP justamente pela insuficiência dos direitos de reprodução e de comunicação da obra ao público. Na LDA ele é explicado no artigo 5º, inciso IV, na definição do termo “distribuição” como a colocação à disposição do público do original ou cópia de

expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa; § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

¹³ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

qualquer tipo de obra, mediante venda, locação ou outro tipo de transferência de propriedade ou posse.

Tal definição é expandida pelo seu respectivo direito patrimonial do art. 29, inciso VII, o qual regra depender de prévia e expressa autorização do titular a distribuição da obra por qualquer sistema que permita ao usuário selecionar obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar determinados anteriormente por quem formula a demanda.

Da análise da legislação autoral brasileira depreende-se, portanto, a existência de arcabouço legal suficiente cujo fim é proteger os interesses dos titulares de Direitos de Autor. A legislação penal estabelece inclusive, no art. 184 do decreto-lei nº 2.848, penas genéricas para a violação do direito de autor (caput) e específicas no tocante aos direitos de reprodução (§ 1º), distribuição e comunicação (§ 2º) e disposição da obra ao público (§ 3º).

Tal proteção, especialmente no tocante aos dispositivos do Código Penal, poderia ser aplicada ao sistema *peer-to-peer* no aspecto de *upload* de arquivos, tendo em vista o que se prevê sobre a proteção do direito de reprodução e do DCDP. Estes recebem na legislação brasileira o mesmo tratamento oferecido pelos tratados e pela legislação europeia. Ver-se-á futuramente como esses dispositivos são aplicados pela justiça do Brasil.

3.1.3. Limitações ao Direito de Autor no sistema brasileiro

A lei 9.610/98 prevê nos seus artigos 46, 47 e 48 os limites ao direito de autor, constando do artigo 46 rol taxativo de ocasiões nas quais o uso de obra sem autorização de seu titular é lícito. Desse rol destaca-se o inciso II, de acordo com o qual não se configura como ofensa aos direitos de autor a reprodução de pequenos trechos, para uso privado do copista, em um só exemplar, desde que feita sem intuito de lucro por este. Deste ponto constam os requisitos do princípio do uso privado, sendo a única diferença a limitação da reprodução à pequenos trechos.

Sobre a reprodução somente de pequenos trechos Ascensão (2012, p. 106) comenta ser ela unilateral e rígida ao afirmar: “é inconcebível: não se pode reproduzir um soneto? Nem sequer uma quadra, numa antologia de literatura? Estes absurdos poderiam vir a ser eliminados”. O artigo 184 do Código Penal brasileiro também prevê o uso privado como atividade lícita em seu § 4º¹⁴, contanto que respeitando os preceitos da LDA.

¹⁴ A redação do referido parágrafo é a seguinte: § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Com relação à previsão da regra dos três passos, a mesma pode ser encontrada no inciso VIII do artigo 46 ao não constituir como ofensa aos direitos autorais a reprodução de qualquer natureza de obra integral ou de pequenos trechos quando a reprodução em si não for o objetivo central, não prejudicar a exploração normal da obra reproduzida nem causar prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos autores.

Os três passos para uma reprodução legal constam da parte final do artigo, enquanto que a metade inicial repete, em parte, a redação criticada por Ascensão por fundamentalmente limitar a possibilidade da cópia privada. Acerca dessa faceta do Direito de Autor brasileiro, Marcos Wachowicz (2011, p. 61) salienta que “hoje em dia todo o arcabouço legal em torno do direito autoral impossibilita a maioria dos usos das obras protegidas, restando alguns limites, ou exceções, que no caso da lei nº 9.610/98 fazem parte de um rol taxativo.

Por fim, a lei 9.609/98 também estipula as condições necessárias para se permitir o uso privado de programas de computador. Seu artigo 6º, inciso I, estipula não constituir ofensa aos direitos de titular de programa de computador “a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda”. Desse modo, tal lei limita o princípio da cópia privada às cópias de programas de computador originais legitimamente adquiridos, assim como o faz a lei alemã para todas as obras.

Em última análise, resta claro ser a lei brasileira muito bem equipada para garantir os direitos dos titulares do direito de autor. Contudo, em comparação com as leis de países europeus e a Diretiva 2001/29, faz muito pouco para garantir a aplicação do limite do uso privado, comprometendo a possibilidade de *download* de arquivos pelo sistema *peer-to-peer*. Redações confusas e contraditórias entre os textos legais, limites escassos em um rol de itens taxativo, além do não estabelecimento de condições para sua aplicação efetiva, ao contrário de seus contrapartes europeus, fazem com que esse limite tenha sua aplicação comprometida.

Resta agora examinar como a jurisprudência brasileira lida com o compartilhamento de arquivos por meio de sistema *peer-to-peer*. Sabendo o enfoque dado por essa é que se poderá realmente determinar se a baixa proteção ao uso privado se estende à característica brasileira ou se decorre de descuido do legislador.

3.2. Tratamento jurisprudencial do compartilhamento e uso privado de obras no Brasil

3.2.1. A ausência do *peer-to-peer* na jurisprudência do STJ

O Superior Tribunal de Justiça pode ser definido (LAMY e RODRIGUES, 2011, p. 35) como sendo corte infraconstitucional a quem compete a uniformização da jurisprudência nas ações referentes às leis federais aplicadas pelas justiças comuns federais e dos estados-membros, sobrepondo-se a elas. Com isso em mente, a pesquisa jurisprudencial para esse trecho do trabalho teve como enfoque o referido tribunal objetivando descobrir o referencial que os tribunais estaduais deveriam seguir ao julgar casos de compartilhamento de obras protegidas pela rede. Posteriormente ainda pretendia-se traçar um paralelo entre o STJ e o TJUE, por conta de sua natureza de tribunais de pacificação de jurisprudência.

Entretanto, a pesquisa por julgados nesse tribunal¹⁵ envolvendo o *upload* e o *download* de obras protegidas pela internet não revelou nenhum caso do tipo, sendo encontrados apenas poucos julgados nos principais órgãos julgadores de 2º grau do país¹⁶. Contudo, a análise dos resultados encontrados no STJ para outras modalidades de compartilhamento de obras e de uso privado merece análise, por mostrar o enfoque que justiça brasileira dá à proteção aos direitos patrimoniais dos autores.

3.2.2. Julgados do STJ sobre o compartilhamento de obras e o uso privado

Primeiramente, o grande foco da justiça brasileira no que tange o compartilhamento de arquivos é a solução de casos envolvendo a cópia e a venda de mídias físicas (CDs, DVDs etc) sem a autorização dos titulares da obra. A “pirataria”¹⁷, ao qual essa prática é associada, consiste justamente da violação dos direitos autorais de que tratam as leis 9.609 e 9.610, de acordo com o art. 1º do Decreto nº 5.244, de 2004, que regulamenta o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual.

A grande ocorrência de decisões abordando a exposição dessas mídias físicas tornou-se objeto de súmula por parte do Superior Tribunal de Justiça. Por meio da súmula nº 502¹⁸, de 23/10/2013, o STJ determinou que “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs

¹⁵ Pesquisa realizada no site do STJ entre os dias 05.06.2015 e 09.06.2015 pelos termos download, upload, provedor de acesso à rede, uso privado, cópia privada, p2p.

¹⁶ Tribunais pesquisados: TJSP, TJRJ, TJMG, TJRS, TJPR e TJSC.

¹⁷ Ou também “contrafação”, definida no artigo 5º, VII, da lei 9.610/98 como a reprodução não autorizada de obras.

¹⁸ Súmula 502, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013

piratas”. Desse modo, caso não haja autorização do titular de direito de autor para a exposição de tal obra em meio físico, isso se configura como crime, sendo isso pacificado na jurisprudência.

Ainda com relação à exibição pública de obras o ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) também se faz presente. Essa entidade é responsável por centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical, realizando a cobrança de valores referentes aos direitos patrimoniais do autor para permitir a execução pública de obras. Isso posto, no REsp 1.306.907¹⁹ o tribunal superior considerou que a exibição pública de obras musicais, ainda que sem fins lucrativos, enseja a cobrança de direitos autorais. O caso em questão envolvia um casal de noivos os quais, em sua festa de casamento, executaram músicas no ambiente do salão utilizado para a celebração com o fim de tornar o ambiente mais aprazível. Entretanto, não se considerou tal reprodução como exceção do uso privado em ambiente familiar previsto no artigo 46 da lei 9.610/98, mas sim como infração do direito de comunicação previsto no artigo 68.

O mesmo ECAD é figura predominante na jurisprudência específica sobre uso privado. As lides centram-se, como se depreende do caso acima, em julgados envolvendo o enquadramento do uso de obras musicais dentro ou não do referido uso livre.

Os precedentes estabelecidos pelo STJ no que concerne esse uso livre de obras foram dois. O primeiro tem como referências o REsp 958.058²⁰ e o REsp 983.357²¹. Ambos os casos concernem à proibição do ECAD em realizar a cobrança de valores devidos a título de direitos autorais quando fosse realizada a reprodução de programas previamente gravados. Como argumento, o primeiro acórdão traz o seguinte:

A reprodução de programas de radiodifusão previamente gravados é prática comumente utilizada pelas empresas do ramo, e o só fato da realização de cópias privadas, em que se tem por intuito a instrumentalização da atividade desenvolvida, não gera direito ao recebimento de quaisquer valores a título de direitos autorais. Estes são devidos pela reprodução pública de obra artística.

Essa argumentação é complementada pelo segundo acórdão, o qual considera ser abusivo o exercício de um direito de autor como forma de vedar a realização de cópias privadas, feitas a partir de uma licença de uso regularmente adquirida e sem impacto sobre o mercado

¹⁹ REsp 1306907/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 18/06/2013

²⁰ REsp 958.058/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010

²¹ REsp 983.357/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 17/09/2009

potencial das obras reproduzidas. Essa linha argumentativa lembra, em parte, àquela estabelecida pela legislação alemã, ao permitir o uso privado proveniente de fonte lícita, contanto que respeitando a regra dos três passos.

A análise desses julgados do STJ já permite concluir que o espaço dado para o uso privado de obras continua a ser pouco definido pela jurisprudência, com os únicos casos encontrados a esse respeito envolvendo, de uma maneira ou de outra, a exibição pública de obras, não se tratando em nenhum momento puramente do uso privado. Por outro lado, os acórdãos demonstram o bom preparo da legislação brasileira para lidar com casos de pirataria, especialmente com a edição da súmula 502 do STJ.

3.2.3. Julgados efetivamente envolvendo o compartilhamento de obras na internet

Ao contrário do que ocorre com o compartilhamento e distribuição de conteúdo por meios físicos, o qual conta com relevante jurisprudência proveniente do STJ, o meio digital não goza da mesma pacificação por parte dos tribunais superiores. A pesquisa realizada nos principais Tribunais de Justiça do país revelou quatro casos os quais tratam diretamente da questão.

O mais antigo deles, proveniente do TJRJ²² no ano de 2008, deixa claro que “a privacidade dos usuários e o sigilo dos dados eletrônicos não podem ser usados como escusa à prática de ilícitos na rede mundial de computadores”. O caso em questão opunha a Associação Protetora dos Direitos Intelectuais Fonográficos (APDIF), entidade cujo objetivo é o combate à reprodução não autorizada de gravações musicais, contra provedores de acesso à internet como NET, TVA e TELESP. O objetivo da entidade era obter dos provedores réus dados de usuários os quais teriam compartilhado por sistemas *peer-to-peer* milhares de arquivos musicais sem a autorização de seus titulares.

De acordo com a APDIF teriam sido compartilhados, em menos de um mês, mais de 70 mil fonogramas digitais para *download* por meio do sistema P2P e que “independente de se tratar de ‘distribuição’, ‘compartilhamento’, ‘disponibilização’, etc., trata-se de utilização das obras, o que é suficiente para enquadrar a prática na tipologia do art. 29 da lei 9.610/98”. O TJRJ aceitou essa argumentação e deu ganho de causa à APDIF argumentando que a defesa da

²² Processo nº 0115857-82.2006.8.19.0001 (2007.001.48620) TJ-RJ, Relator: DES. Carlos Santos de Oliveira, Data de Julgamento: 06/06/2013, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL

propriedade intelectual seria mais importante que o direito à privacidade e sigilo das comunicações dos usuários das empresas rés, nesse caso.

Outro julgado que segue essa mesma linha provém do TJPR²³, no ano de 2009, opondo a mesma APDIF contra a Cadari Tecnologia da Informação Ltda, responsável pelo software de conexão às redes P2P denominado *K-Lite Nitro*.

No caso paranaense a associação pediu a retirada do software da Cadari do ar por permitir a “feitura de cópias gratuitas de arquivos de música, isto é, o chamado download, em flagrante violação aos direitos autorais de seus associados produtores fonográficos”. Contudo, entendeu o tribunal que esse tipo de tecnologia não seria somente utilizável para o compartilhamento de obras protegidas, podendo ser aplicado também para fins lícitos.

Isso posto, determinou o TJPR a inserção de filtros para evitar o compartilhamento ilegal de obras protegidas, por entender ser antijurídica a conduta de quem disponibiliza publicamente sistema para conexão às redes P2P, possibilitando o compartilhamento de arquivos musicais via "Internet" protegidos pela Lei de Direitos Autorais. Essa decisão ressalta que o problema não está em si na tecnologia utilizada, mas sim em quem faz uso dela para disponibilizar obras sem a autorização de seu titular.

O acórdão acima é muito similar a recente caso julgado pelo TJRJ²⁴, no ano de 2014. Este tinha como partes Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda e Yahoo do Brasil Internet Ltda, com a primeira acusando a segunda de manter *website* o qual permitia o compartilhamento de obras protegidas da Botelho sem sua autorização. Esta requisiu, portanto, reparação pelos danos sofridos, pois quando informada da ilegalidade do conteúdo, o responsável pelo *website* nada fez para cessar a atividade ilícita.

O TJRJ deu razão à primeira utilizando-se, entre outros, de argumento tecido por Ângela Bittencourt Brasil (2001, p. 424) no sentido de que:

Eventual disponibilização na rede não retira das obras a natureza jurídica de propriedade, passíveis de amparo legal que garante ao autor e titulares dos direitos sobre as criações os direitos explicitados na Lei de Direitos Autorais no tocante à reprodução, divulgação e utilização dessas criações, bem como o desfrute à remuneração por sua utilização.

²³ TJPR - 6ª Câmara Cível - AI - 561551-4 - Curitiba - Rel.: Adalberto Jorge Xisto Pereira - Unânime - - J. 25.08.2009

²⁴ Apelação cível nº 0089941-75.2008.8.19.0001 TJ-RJ. Relator(a): Teresa de Andrade Castro Neves, Data de Julgamento: 25/02/2015, SEXTA CAMARA CIVEL

Por fim, a última e mais recente decisão encontrada sobre o compartilhamento de obras na rede remonta a novembro de 2014 e tem sua origem no TJSP²⁵. Esta tem no polo ativo a Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), cujo objetivo é “fiscalizar, combater e punir a pirataria editorial”, entre outros, e no polo passivo Anderson Guterres. Este sofreu ação judicial por disponibilizar obras literárias para *download* gratuito em sua página eletrônica sem autorização da ABDR ou de seus respectivos titulares. Anderson foi condenado ao pagamento de indenização por conta do dano presumido causado pela disponibilização desse material.

Vistos os casos acima, é possível de se perceber que o primeiro acórdão ratifica o entendimento do sistema judiciário europeu e da legislação brasileira, o de garantir a proteção efetiva ao direito de comunicação e disposição de obras ao público. Tal posição é seguida de perto pelos outros três, em diferentes âmbitos de atuação, com o julgado do TJPR tratando sobre *software* P2P e os outros dois sobre a disponibilização de conteúdo em *websites*.

Por outro lado, conclui-se pelo despreparo do Brasil para lidar com questões atinentes ao *download* de obras através do sistema *peer-to-peer*. Enquanto que na Europa se estabeleceram meios para regular esse uso privado o Brasil silencia sobre esse assunto tanto em âmbito legislativo quanto judiciário. Ver-se-á a seguir como o Brasil poderia adotar os exemplos fornecidos pela Europa por meio do diálogo entre os juízes e a harmonização legislativa.

3.3. A Diretiva 2001/29 e o TJUE como inspiração para o modelo brasileiro no tratamento do uso privado

3.3.1. O conceito de *Ordering Pluralism* como pré-requisito do diálogo dos juízes e da harmonização legislativa

Antes de se aplicar qualquer conceito de integração judiciária ou legislativa à presente situação é preciso entender suas origens e o âmbito onde ele se encontra inserido. Por meio dessa avaliação poder-se-á verificar em que contexto este está inserido e a melhor maneira de adequá-lo na relação entre a legislação autoral europeia e brasileira.

²⁵ Apelação cível nº 0171813-09.2011.8.26.0100 TJSP. Relator(a): Cesar Luiz de Almeida; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/11/2014; Data de registro: 21/11/2014

Tanto o diálogo dos juízes quanto a harmonização legislativa integram a noção de *Ordering Pluralism*, cunhada pela jurista francesa Mireille Delmas-Marty. Essa seria sua resposta para a crescente complexidade legal do mundo, a qual viria por meio da manutenção da separação entre os Estados e, sem impor fusão, construir algo como uma área ordenada legal (DELMAS-MARTY, 2009, p.13).

A autora esclarece que foi com a evolução das interações ocorridas no mundo que a sugestão do “pluralismo ordenado” foi possível (DELMAS-MARTY, 2009, p.13). Esse, em sua concepção, teria passado de complicado (múltiplo e heterogêneo) para complexo (interativo e instável), permitindo que o “pluralismo” seja possível ao tolerar as diferenças e “ordenado” se a lei mundial conseguir atingir um denominador comum. Isso traria uma gradual aproximação e conexão entre os sistemas legais do globo em diversos temas.

A importância de uma eventual aproximação é ressaltada por conta do advento da internet. Delmas-Marty (2009, p. 09) argumenta que sua ubiquidade e instantaneidade desafia o conceito de território nacional e enfraquece os sistemas legais nacionais multiplicando os possíveis conflitos de jurisdição. Quando se pensa em um sistema P2P, cuja principal característica é a descentralização dos seus pares e o livre fluxo dos arquivos essa aproximação é ainda mais fundamental.

A autora cita três métodos pelos quais se pode atingir o pluralismo ordenado, sendo eles a coordenação por referência cruzada, a harmonização por aproximação e a unificação por hibridização. Para os fins desse trabalho, far-se-á a análise dos dois primeiros.

A coordenação por referência cruzada parte da impossibilidade de isolamento entre os diferentes sistemas legais, em decorrência da crescente complexidade do mundo no século XXI. Isso possibilita uma internormatividade de fato, caracterizada por Delmas-Marty (DELMAS-MARTY, 2009, p.20) como a interação em qualquer nível entre dois conjuntos normativos não hierárquicos entre si, sendo sua ocorrência mais comum entre conjuntos do mesmo nível.

Destaca-se, contudo, que essa internormatividade cria um diálogo, mas não dá a solução na eventualidade de um conflito entre normas de diferentes países, sendo a interpretação essencial. É na referência cruzada, portanto, que se encontra o diálogo dos juízes, os quais, por conta da inevitabilidade do isolamento, começam a aplicar leis, princípios e procedimentos de outros países em seus julgados.

Sobre o procedimento de referência cruzada, a autora francesa destaca²⁶:

²⁶ Trecho original: *The process of normative and judicial cross-referencing essentially creates a dynamic that, under certain conditions, will enable the integration and reconciliation of the multiple constraints of national and*

O processo da referência cruzada normativa e judicial cria essencialmente uma dinâmica que, sob certas condições, permitirá a integração e reconciliação das múltiplas restrições de conjuntos nacionais e internos, os quase foram concebidos de acordo com diferentes modelos desde o começo. É uma fase necessária, mas insuficiente, do pluralismo ordenado. (DELMAS-MARTY, 2009, p.34)

Todavia, a mesma adverte que tal processo requiere uma simetria entre instituições e órgãos julgadores, os quais em diferentes países devem cumprir as mesmas funções. Além disso, é necessário que as diferentes entidades ratifiquem os mesmos instrumentos internacionais, o que se relaciona com o segundo método para se atingir o pluralismo ordenado.

A harmonização por aproximação, segundo método, é, na descrição de Delmas-Marty (2009, p. 40), um processo o qual objetiva a integração normativa ou legal, mas sem insistir na sua perfeição ou impondo uma unificação. Ela insinua uma relação verticalizada, a qual implica em uma hierarquia com a codificação global acima e o conjunto nacional abaixo.

Assim, haveria uma série de princípios supranacionais, como tratados, os quais estariam acima de cada país, balizando suas ações. Esses, por sua vez, teriam a liberdade de atuação, tendo de agir, contudo, dentro dos limites estabelecidos pelos princípios internacionais internalizados. Buscar-se-ia, desse modo, aproximar a maneira como se julgam casos similares em diferentes países.

Vistos os princípios do *ordering pluralism*, possui-se agora a bagagem necessária para avaliar como que o diálogo dos juízes e a harmonização legislativa pode contribuir para a melhor aplicação dos princípios do direito de autor e seus limites no Brasil.

3.3.2. Diálogo dos Juízes entre o STJ e o TJUE

A já referida função do Superior Tribunal de Justiça brasileiro é a uniformização da jurisprudência e, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2013, p. 235) atuar como tribunal de superposição, com o fito de defesa da Constituição e leis federais brasileiras, quando mal aplicadas ou negadas por órgãos jurisdicionais inferiores. Assim, a função desse tribunal é garantir que a aplicação da lei federal brasileira seja uniforme em todos os estados da república federativa.

international ensembles, which were conceived according to different models from the very beginning. It is a necessary, but insufficient phase of ordering pluralism.

Do mesmo modo, no âmbito da União Europeia, o TJUE também é responsável por garantir a aplicação uniforme dos princípios e diretrizes da UE em todos os seus estados-membros, além de pugnar pela correta aplicação da legislação comunitária nos países. Desse modo, percebe-se que, consideradas as devidas diferenças e a proporção continental do Estado brasileiro, tanto o STJ quanto o TJUE cumprem a mesma função em seus respectivos locais de atuação.

Uma das condições estabelecidas por Mireille Delmas-Marty para a ocorrência de um pluralismo ordenado foi a referência cruzada entre o conjunto de países e regiões diferentes. Ainda que se reconheça que uma plena fungibilidade entre sistemas seja de difícil consecução. A justiça brasileira, por meio da referência cruzada, poderia se utilizar da fundamentação do TJUE em seus julgados para melhor aplicar alguns dos princípios do direito de autor, como o uso privado.

A autora francesa menciona (DELMAS-MARTY, 2009, p.34) que a interação entre conjuntos legais distintos exige simetria entre ambas as instituições e órgãos judiciais. Ora, tanto o Tribunal de Justiça da União Europeia quanto o Superior Tribunal de Justiça são órgãos de superposição cuja função é garantir a aplicabilidade da lei superior de uma maneira uniforme em todos os Estados de sua respectiva região. Assim, é possível de se utilizar a teoria de Delmas-Marty para se traçar um paralelo entre as duas instituições de julgamento.

Quando se tratou da jurisprudência de ambas as localidades se chegou a conclusões distintas acerca do compartilhamento e recepção de obras protegidas por meio do direito de autor. Preliminarmente, o fato de inexistirem julgados na instância superior brasileira os quais tratem especificamente da troca de arquivos entre usuários por meios digitais já é por si um fator que mereceria a coordenação por referência cruzada, ainda que se entenda a manifestação do tribunal depender de instâncias inferiores.

Entretanto, considerando-se tanto o meio físico quanto o digital de compartilhamento de arquivos, percebeu-se que a legislação brasileira, do mesmo modo que a europeia, tratam o compartilhamento de obras de maneira parecida. Tal depende sempre de autorização do autor para ser legítima, por se tratar de uma “faculdade” patrimonial do autor, assim referida por Menezes Leitão (2011, p. 122) em sua obra.

O problema surge quando se trata da aplicabilidade do princípio do uso privado pela jurisprudência brasileira. Sendo o *download* eminentemente abrangido por esse princípio, ter sua aplicação regulamentada é fundamental. Nos casos europeus estudados ficou claro que reproduções temporárias em telas de computador são autorizadas, enquanto às permanentes

requerem o pagamento de compensação equitativa, além do respeito à regra dos três passos. Ainda que o processo C-435/12 tenha questionado a possibilidade de compensação equitativa quando a origem do uso fosse ilegal, de maneira geral o TJUE deixa muito claro a aplicabilidade do uso privado e seus limites.

Por outro lado, a justiça brasileira como um todo não analisa profundamente a questão do uso privado, tanto no âmbito do STJ quanto dos órgãos de 2ª instância. O precedente estabelecido pelo REsp 958.058 não esclarece o preceito de maneira necessária a assegurar sua aplicação de modo adequado e a menção ao *download* realizado pelo usuário é inexistente nos tribunais brasileiros.

Desse modo, no que se refere à referência cruzada o Brasil poderia tirar grande proveito da influência da União Europeia. Tanto no que se refere à delimitação do uso privado quanto à própria existência de julgados que tratem do compartilhamento de obras protegidas por meio da internet, as instâncias superiores brasileiras se beneficiariam muito dos preceitos estabelecidos pelo TJUE.

3.3.3. Harmonização e os limites do uso privado no Brasil

Somente a referência cruzada não é suficiente para garantir uma adequada interoperabilidade entre o modo como se julga o uso privado, sendo necessário também que haja uma harmonia em nível legislativo. Sobre a questão Delmas-Marty²⁷ dispõe:

Referências cruzadas parecem necessárias, mas insuficientes. Elas são necessárias para ajudar a evitar conflitos, reduzir algumas contradições e assim possibilitar coordenação espontânea, porém elas não conseguem garantir consistência global na ocorrência de um conflito. Nesse sentido, coordenação abre caminho para transição aclimando os vários conjuntos legais para a internormatividade, mas isso só pode levar para o pluralismo ordenado se os processos horizontais, contrabalanceados por normas e costumes imperativos *jus cogens*, eventualmente se tornando ‘verticalizado’. (DELMAS-MARTY, 2009, p.37)

Assim, é necessário que as leis que versem sobre o direito de autor detenham, também, certa referenciabilidade entre elas no que tange ao uso privado, para corretamente estabelecer

²⁷ O trecho original assim dispõe: *Cross-references seem necessary but insufficient. They are necessary to help avoid conflicts, reduce some contradictions and thus enable spontaneous coordination, but they cannot guarantee overall consistency in the event of a conflict. In this way, coordination makes way for transition by acclimating the various legal ensembles to internormativity, but it can only lead to ordering pluralism if horizontal processes, counterbalanced by imperative jus cogens norms or custom, eventually become ‘verticalised’.*

sua aplicabilidade e seus limites. Percebeu-se tanto da Diretiva 2001/29 quanto das leis nacionais europeias citadas adequada delineação do tratamento do uso privado.

Já no Brasil, ainda que se possa depreender a necessidade do respeito à regra dos três passos no inciso VIII do artigo 46 da lei 9.610/98, a legislação não vai muito além disso. Esta não define o uso privado, deixa de prever o que o qualifica e, por fim, sequer determina o que viriam a ser os pequenos trechos permitidos para cópia no inciso II do mesmo artigo.

Considerando que tanto a Europa e o Brasil são signatários da Convenção de Berna e do Acordo TRIPS, as normas e princípios supranacionais mencionados pela autora francesa já existem. Ambos os documentos preveem a regulamentação do uso privado para garantir o equilíbrio entre os direitos do autor e o interesse público, tendo a Europa já se harmonizado a esses princípios. Essa ausência no Brasil não permitiria uma adequada aplicação do pluralismo adequado.

Desse modo, ao contrário do que acontece na Europa, a possibilidade de *download* é um campo sem definição Brasil, tendo em vista as leis e julgados analisados. Enquanto que o compartilhamento e *upload* de arquivos é pacificamente tido como direito exclusivo do titular da obra, o uso privado resta mal definido, de modo que a utilização de sistemas *peer-to-peer*, no Brasil, ainda tem sua legalidade questionada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segunda metade do século XX trouxe inovações tecnológicas que revolucionaram a relação entre autores e usuários de obras protegidas. A disseminação de aparelhos de rádio e televisores, além do surgimento da *internet*, trouxeram uma nova dinâmica à maneira de se consumir conteúdo.

À medida que essas tecnologias foram surgindo, cada vez menos o público precisava estar no mesmo espaço físico-temporal do detentor da obra. Enquanto o rádio e a televisão possibilitaram o afastamento físico, permitindo à audiência permanecer no conforto de suas residências ou casas de amigos para ouvir uma música ou assistir a um filme, a *internet* possibilitou o afastamento temporal, permitindo que as pessoas decidissem não somente onde, mas também quando usufruiriam de determinada obra.

Isso fez com que preocupações antes inexistentes, como a necessidade de regulação do uso privado, comessem a ser pautadas a partir da Revisão de Estocolmo de 1971, a qual primeiramente introduziu a regra dos três passos na Convenção de Berna. Tal evolução tecnológica também levou à necessidade de se rever os direitos de exploração econômica de obras protegidas, por serem os então existentes considerados inadequados ante as novas modalidades de compartilhamento de obras.

O surgimento do Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao público no TODA e no Acordo TRIPS foi consequência dessa necessidade. Este foi uma tentativa de se regulamentar um tipo de acesso à obra que não mais dependia do consentimento de seu titular para ser usufruída, o feito pela *internet*. Além do DCDP houve também uma nova interpretação do Direito de Reprodução e do Direito de Comunicação, sendo esses expandidos para abranger as novas tecnologias e modalidades de usos de obras protegidas.

Viu-se no primeiro capítulo que obras protegidas são todas aquelas frutos de expressão intelectual criativa. Sobre elas incidem dois tipos de direito de autor: os morais e os patrimoniais, dando-se foco aos direitos patrimoniais, por serem esses os mais afetados com o compartilhamento de obras. Destacaram-se dos direitos patrimoniais os já mencionados Direito de Reprodução, de Comunicação e o DCDP, os mais afetados pelo compartilhamento de obras pela *internet*.

Elucidou-se, logo após, os requisitos para que o uso de uma obra protegida fosse considerado como privado nos dias de hoje. Este poderia ser uma utilização integral ou parcial da obra, desde que feita por pessoa singular, sem fins econômicos e sem a intermediação de

terceiros. Além disso deveria respeitar os direitos patrimoniais do autor, em especial os destacados nesse trabalho, e os princípios estabelecidos pela regra dos três passos.

Tendo em vista o exposto como se tutelaria a tecnologia conhecida como *peer-to-peer*? Viu-se que ela se caracteriza pela troca de arquivos ocorrida entre usuários sem a necessidade de um servidor central. Esse tipo de tecnologia permite que cada usuário, em seu ambiente privado, sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros, realize com outros pares o *upload* e o *download* de arquivos de maneira simultânea.

Concluiu-se, num primeiro momento, que quando a finalidade do uso desse tipo de sistema é o *download*, seu uso seria permitido, mas que quando tal tecnologia fosse utilizada somente para realizar o *upload*, essa ação recairia como infração do DCDP, direito patrimonial exclusivo do titular da obra.

Contudo, fez-se necessário também saber como que o uso desse tipo de tecnologia é regulado na Europa e no Brasil, com a finalidade de entender como que os princípios do Direito de Autor são aplicados em cada um desses locais tanto para o *upload* quanto para o *download*.

No que tange a utilização de um sistema P2P somente para *upload*, tanto Europa quanto Brasil estão alinhados nesse aspecto. Em ambas as regiões, tanto em nível legislativo quanto jurisprudencial, o compartilhamento de obras pela *internet* sem a autorização de seus titulares configura-se como violação de direitos patrimoniais.

Já quanto a utilização de um sistema P2P para fins privados, ou seja, com o *download* de uma obra como seu fim último, a questão se revela mais complexa. No âmbito da Diretiva 2001/29 da UE se estabelece como princípio geral que os Estados europeus devem prever uma contraprestação pelo uso privado, para remunerar os titulares de Direitos de Autor pelas perdas decorrentes dessa atividade. Viu-se então que a jurisprudência do TJUE corrobora em grande parte esse princípio, proibindo, contudo, a aplicação da remuneração equitativa quando a fonte da cópia ou uso é ilegal. A solução encontrada por alguns Estados, portanto, foi permitir a prática somente quando a fonte da cópia fosse lícita (ex: Alemanha), enquanto outros optaram pelo regime da remuneração equitativa (ex: Portugal).

No Brasil o problema advém da ausência de definição satisfatória de uso privado por parte da legislação brasileira e da ausência de casos que tangenciem o compartilhamento de arquivos por meio de sistemas *peer-to-peer*, impossibilitando responder com precisão sua legalidade ou não. Em decorrência disso se introduziu o conceito de *ordering pluralism*, no qual o Brasil poderia se deixar influenciar pelo sistema europeu com o fim de melhor regular a questão do uso privado. Verificou-se a possibilidade dessa influência em decorrência de

características comuns existentes entre ambos os sistemas, como a função do STJ e do TJUE e o fato de ambos serem adotarem a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS.

Assim, o uso privado, antes território alheio a regulação do Direito de Autor, tornou-se cada vez mais limitado por esse, em decorrência de poder ser tão facilmente executado por meio de algumas das novas tecnologias. As legislações, no caso europeu, se recrudesceram, estabelecendo condições restritivas para utilizações privadas. No Brasil, por outro lado, a ausência de regulamentação específica sobre o tema deixa em dúvidas se a prática, afinal, é ou não permitida.

Quanto ao sistema P2P especificamente, conclui-se que seu uso estritamente para o *upload* não é abarcado pelo uso privado, sendo, pelo contrário, configurado como violação dos direitos patrimoniais do autor. Sobre o *download* de obras, sua realização qualifica-se como uso privado, contanto que se respeitem os princípios estabelecidos pela regra dos três passos e as particularidades de cada região, sendo esta, no caso brasileiro, difícil de ser determinada, tendo em vista a vaga regulamentação da atividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 3 de novembro. 2013.

_____. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Lei dos Direitos Autorais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>

_____. Decreto-lei n.º 75.699, de 05 de março de 1975. **Promulga A Convenção De Berna Para A Proteção Das Obras Literárias E Artísticas, De 9 De Setembro De 1886, Revista Em Paris, A 24 De Julho De 1971**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>

_____. Decreto-lei n.º 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Acordo Sobre Aspectos Dos Direitos De Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio**. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf> >

AKESTER, Patrícia; **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**. Coimbra: Editora Almedina, 2013

ASCENSÃO, José de Oliveira; **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

_____. **O Fair Use no Direito Autoral**, em: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

_____. **O Direito da Internet em Portugal e no Brasil**, em: *Revista do Direito da Sociedade da Informação* vol X. Coimbra, Coimbra Editora, 2012

_____. **Os Actos de Reprodução no Ambiente Digital: As Transmissões Digitais**, em: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV. Coimbra, Coimbra Editora, 2003

_____. **Propriedade Intelectual e Internet**, em: *Revista do Direito da Sociedade da Informação* vol VI. Coimbra, Coimbra Editora, 2006

BASSO, Maristela. **As Exceções E Limitações Aos Direitos Do Autor E A Observância Da Regra Do Teste Dos Três Passos (Three-Step-Test)**. Em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_excecoes_e_limitacoes_aos_direitos.pdf

BOBBIO, Norberto. **Estado, Direito e Sociedade**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CAMERON, Alec. Copyright exceptions for the digital age: new rights of private copying, parody and quotation. **Journal Of Intellectual Property Law & Practice**, [s.l.], v. 9, n. 12, p.1002-1007, 28 nov. 2014. Oxford University Press (OUP). DOI: 10.1093/jiplp/jpu202.

CORDEIRO, Pedro. **Partilha de Ficheiros e Suspensão do Acesso à Rede** em: Direito da Sociedade da Informação, vol. X. Coimbra: Coimbra Editora, 2012

_____. **Limitações e exceções sob a regra dos três passos e nas legislações nacionais Diferenças entre o meio análogo e digital**, em: Revista do Direito da Sociedade da Informação vol III. Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

DELMAS-MARTY, Mireille. **Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World**. Oxford: Hart Publishing, 2009.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Os Irmãos Karamázov**. São Paulo: Editora 34, 2012.

GARCIA, Gabriel. **Game of Thrones Bate Novo Recorde de Pirataria**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/game-of-thrones/noticias/2015/05/game-of-thrones-bate-novo-recorde-de-pirataria.shtml>>. Acesso em: 12 maio 2015.

GEIGER, Christophe; GRIFFITS, Jonathan & HILTY, Reto M. **Declaração sobre o Teste dos Três Passos do Direito de Autor**, em: Direito da Sociedade da Informação, vol. VIII. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

L. GUIBAUKT, G. WESTKAMP, T. RIEBER-MOHN, P.B. HUHEMOLTZ, (E TAL.) **Study on the implementation and effect in member states: laws of Directive 2001/29/EC on**

the Harmonization of certain aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2007.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil:** de acordo com o projeto do novo CPC. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de Autor.** Coimbra: Almedina, 2011.

LI, Jin. **On peer-to-peer (P2P) content delivery**, em: Peer-to-Peer Networking and Applications 1 (1): 45–63. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12083-007-0003-1>>.

MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de la Unión Europea.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

MAXWELL, Andrew. **Lawyers Sent 109,000 Piracy Threats in Germany During 2013.** Disponível em: <<https://torrentfreak.com/lawyers-sent-109000-piracy-threats-in-germany-during-2013-140304/>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Tratado da OMPI Sobre Direito de Autor, de 1996.** Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Volume I. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

UNCTAD – ICTSD. **Resource Book on TRIPS and Development.** Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ULMER, EUGEN – **Urheber und Verlagsrecht.** 3. Ed. Berlin: Heidelberg, 1980

VICENTE, Dário Moura. **A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual**. Coimbra: Almedina, 2008.

VIEIRA, José Alberto. **Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado**, in: *Direito da Sociedade da Informação – Vol. VIII*, Coimbra Editora, 2009

WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Florianópolis: Funjab, 2011.

WAEDELDE, Charlotte et al. **Contemporary Intellectual Property: Law and Policy**. 3. ed. New York: Oxford, 2014.

WESTKAMP, Guido. **The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States**. London: Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2007.